<366403958700017

<366403958700017

Bayer. Staatsbibliothek

J. germ. 78 ÷ 5

Handbuch
des
Bürgerlichen Rechts
in
Teutschland
zum Gebrauch
für
Studierende, Advokaten, Beysitzer in niedern Gerichten, Geistliche, Aerzte, Schullehrer, Kaufleute, Künstler und Wirthschaftsverständige.

Fünfter Theil,
welcher die Fortsetzung der Lehre von Hypotheken, und die mit dem Erbrechte verbundenen Rechte und Verbindlichkeiten enthält.

Leipzig,
bey Adam Friedrich Böhme, 1790.

Vorrede.

In der Vorrede zum dritten Theile dieses Handbuchs, habe ich S. 3 etwas von der Art und Weise angeführt, wie ich meinen Zuhörern das Civilrecht vortrage. Da aber alle Neuerungen immer viel Gegner finden, und selbst die jungen Männer, die den alten Weg zu verlassen, und einen neuen zu betreten das Herz haben, alsdenn sehr leicht mißtrauisch gegen ihren Führer werden können, wenn sie finden, daß auf den berühmtesten Universitäten, und von den größten Rechtslehrern, wenigstens eine anders scheinende Art das bürgerliche Recht zu studieren, eingeführt worden, so halte ich es für nöthig, hier noch etwas von meiner in den Vorträgen über das Civilrecht zeither beobachteten Methode zu sagen. Ausführlich kann ich nicht seyn, weil es die Grenzen dieser Vorrede nicht verstatten; ich hoffe aber, mich nächstens in einer besondern Abhandlung über die bisherige Methode das Privatrecht und den Proceß auf Universitäten vorzutragen, weitläuftiger erklären zu können. Folgende Bemerkungen halte ich indeß schon jetzt für nöthig.

Vorrede.

Der berühmte Herr D. und Professor Hugo in Göttingen, den ich gleich bey der ersten Recension meines Handbuchs in den Göttinger gelehrten Anzeigen, nach seinen Schriften über das römische Recht, und nach der Schreibart desselben zu urtheilen, für den Verfasser dieser Recension hielt, wozu er sich auch in seinem vor kurzen erschienenen civilistischen Magazin S. 116 bekannt hat, welches ich für sehr nützlich halte, weil Recensionen dadurch ohnstreitig mehr Gewicht bekommen, wenn man den Herrn Verfasser derselben weiß, macht das teutsche Publicum durch dieses Journal S. 53 mit dem neuen civilistischen Cursus bekannt, der in Göttingen, auf dieser berühmten Universität, wohin jeder wahre Gelehrte ohnstreitig beständig die größte Aufmerksamkeit zu verwenden Ursache hat, seit einiger Zeit eingeführt worden.

Wer das, was Herr Prof. Hugo von der eigentlichen Beschaffenheit und Einrichtung dieses neuen civilistischen Cursus anführt, gelesen hat, und es mit der Nachricht von meiner zeitherigen Methode das bürgerliche Recht vorzutragen, die ich S. 3 u. f. in der Vorrede zum dritten Theile meines Handbuchs bekannt gemacht, vergleicht, könnte vielleicht auf die Gedanken kommen, daß meine Methode von der Göttingischen völlig unterschieden sey. Da nun, wenn dieses würklich der Fall wäre, besonders meine ehemaligen Zuhörer, gegen ihren erhaltenen Unterricht mißtrauisch zu werden Ursache hätten, so will ich nur ganz kurz beweisen, daß meine Lehrart von der neuen Göttingischen nicht so sehr abweicht, als es vielleicht manchem scheint.

Vorrede.

Die Hauptabsicht, welche durch den neuen civilistischen Cursus erreicht werden soll, besteht in der möglichst vollständigen Erläuterung des reinen römischen Rechts. Um diesen Endzweck zu erreichen, werden erstlich die Grundsätze des heutzutage anwendbaren römischen Rechts, zweytens wird die Geschichte der Entstehung des römischen Rechts überhaupt, und endlich drittens eine genauere Erklärung des reinen römischen Rechts, wie es zu der Zeit gewesen, da es die höchste Stufe der Vollkommenheit erreicht hatte, vorgetragen, wobey der Vortrag auf die Art geschieht, daß man vom leichtern zum schwerern übergeht, und die genaueste Verbindung unter den dreyerley Vorlesungen über das Civilrecht zu bewürken sucht.

Ich halte diese Art, das römische Recht zu lehren, für die vorzüglichste; denn wer die Rechtsgeschichte, und das reine römische Recht vollständig inne hat, wird gewiß am fähigsten seyn, den Geist der Justinianeischen Gesetzgebung ganz kennen zu lernen. Nur in der Ordnung, wie der Vortrag der unübersehbaren Menge von Grundsätzen, welche das Civilrecht umfaßt, aufeinander folgt, gehe ich einen eignen Weg, wie auch in der Beymischung des eigentlich teutschen Privatrechts.

Herr Professor Hugo trägt das Civilrecht in drey besondern Vorlesungen vor; und ich habe zeither ebenfalls dreyerley auf einander folgende Vorlesungen für nöthig gehalten. Ohne die Rechtsgeschichte ist kein gründliches Studium des römischen Rechts möglich; daher mache ich den Anfang damit; und da die eigentliche Geschichte

am meisten die Aufmerksamkeit auf sich zieht, so beschäftige ich mich deswegen anfangs mehr mit der historischen Entwickelung der römischen Staatsverfassung, als mit der weitläuftigen Anführung der einzelnen Juristen und Gesetze. Diese beyden Stücke suche ich bey dem Vortrage der einzelnen Rechtssätze selbst so vollständig als es die Zeit verstattet beyzubringen. Nach der Rechtsgeschichte trage ich die Grundsätze des Civilrechts vor; und ob ich gleich das teutsche Privatrecht in den nämlichen Vorlesungen mit anführe, so trenne ich doch bey jedem einzelnen Satze das römische Recht von der Praxis und dem teutschen Privatrechte sehr genau.

Man macht zwar der Verbindung des römischen und teutschen Privatrechts den Vorwurf, daß dadurch schlechterdings eine Verwirrung in den Begriffen entstehen müsse. Davon kann ich mich aber nicht überzeugen, wenn nur bey jedem Satze genau bemerkt wird, was römisch und was teutsch ist. Herr D Ernesti mißbilligte die gänzliche Trennung solcher Wissenschaften, die in der genauesten Verbindung stehen, sehr. Er behauptete, junge Leute würden dadurch außer Stand gesetzt, bey der Anwendung solcher Grundsätze, welche ihnen so vereinzelt vorgetragen worden, die gehörige Verbindung machen zu können. Eben deswegen fieng er auch an, die Dogmatik und Moral wieder mit einander zu verbinden, und seine vortreflichen Theses theologiae dogmaticae zu dem Ende zu entwerfen. Er ließ den gewöhnlichen Grund für die Trennung der genau in einander greiffenden Wissenschaften, weil dadurch die Verwirrung der verschiednen Wahrheiten einzig und allein vermieden werden könnte, gar nicht gelten, sondern

sondern sagte es laut: die Ursache dieser Neuerung liege wohl theils in einer Finanzoperation, weil für jedes besondere Collegium ein eignes Honorarium bezahlt werden müßte, theils in der Liebe zur Bequemlichkeit, da bey der Separirmethode jede Vorlesung in einem halben Jahre wöchentlich 4 Stunden beendigt würde. Was Herr D. Ernesti, die größte Stütze aller wahren Gelehrsamkeit in unsern Zeiten gesagt hat, davon bin ich durch die eigne Erfahrung immer fester überzeugt worden.

Mir scheint also der sicherste Weg zu einer ganz vollständigen Erläuterung des in Teutschland geltenden Privatrechts dieser zu seyn, daß man den Anfang der Vorlesungen über das Civilrecht mit den ersten Grundideen desselben mache, und diese sodann im zweyten halben Jahre weitläuftiger auseinander setze, ohne dabey einen Unterschied zwischen bloß theoretischen und practischen zu machen. Aber wenn der Vortrag vollständig seyn soll, so werden wöchentlich 12 Stunden schlechterdings dazu erfordert, da das Civilrecht eine so große Menge von Wahrheiten in sich faßt. Wenn der Jahrgang beendigt ist, so wird es ohnstreitig von dem größten Nutzen seyn, wenn sodann jedes halbes Jahr der noch übrigen Universitätszeit, ein Theil des Privatrechts noch weitläuftiger als zeither erklärt wird, und zwar in folgender Ordnung; zuerst das Recht der Personen, sodann die mit dem Besitz, dem Eigenthum, den Servituten und Hypotheken verbundnen Rechte; drittens das Erbrecht, und viertens die Contracte. Diese Vorlesungen über die einzelnen Theile des Privatrechts, scheinen dadurch am nützlichsten zu werden, wenn in selbigen hauptsächlich die Gründe und Ge-

gengründe für bestrittene Materien, ohngefähr auf die Art wie es in den Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien von den Gebrüdern Overbeck geschehen ist, angeführt werden, und man die Entscheidungen merkwürdiger Rechtsfälle aus den besten Sammlungen öffentlicher Rechtssprüche beybringt.

Da die zeitherige Methode das Civilrecht vorzutragen über 700 Stunden erfordert hat, wie Hr. Prof. Hugo S. 68 seines civilistischen Magazins anführt, so ist meine Forderung wohl nicht übertrieben, und auf diesem Wege werden ohnstreitig die Schriften der größten Rechtslehrer auch für Jünglinge brauchbar werden, und die todte Maße ihrer critischen Untersuchungen und Rechtserörterungen wird dadurch gewiß ein Leben bekommen, wie sich der gelehrte Herr Hofrath Glück in der Vorrede zu seinem vortreflichen Commentar über die Pandecten S. 2 ausdrückt. Ein besonderes Collegium über das reine teutsche Privatrecht halte ich nicht für überflüßig; denn so wie ich es für das größte Glück erkenne, die Vorlesungen des Herrn geheimen Raths von Selchow in Göttingen besuchen zu können, so wird dieses Collegium für jeden Rechtsgelehrten von dem größten Nutzen seyn, wenn hauptsächlich die schweren Materien darin vollständig erörtert werden. Weitläuftiger kann ich mich hier über meinen Plan nicht erklären, weil die Grenzen dieser Vorrede es nicht verstatten.

In meiner Meynung über die Stelle, welche dem Vortrage des Naturrechts anzuweisen ist, wovon ich ebenfalls in der Vorrede zum dritten

Theile

Theile meines Handbuchs S. 4 etwas gesagt habe, bin ich seit dieser Zeit noch mehr befestigt worden. So sehr diese Behauptung der zeitherigen Methode widerspricht, so gewiß ist sie gegründet. Die größten Rechtslehrer behaupten das nämliche; z. B. der verdienstvolle Herr geheime Justizrath Pütter, in seiner vortreflichen Encyclopädie S. 67. Der gelehrte Herr D. und Professor Madihn schreibt in seinem vor kurzem herausgegebenen Naturrechte: daß man das Studium der Rechtsgelahrheit mit dem Naturrechte anfängt gefällt mir gar nicht; — — und der Herr Recensent in den Göttinger Anzeigen äußerte in seiner Recension dieses Buchs folgenden Gedanken: daß man mit der Philosophie des Rechts sich zu der Zeit beschäftigt, wo man noch keine historische Data hat, ist ein Hauptgrund, warum sie sogar nicht anzieht.

Und nun noch ein Paar Worte über den gegenwärtigen fünften Theil meines Handbuchs. Ich übergebe denselben allen Edeldenkenden mit weit mehr Furchtsamkeit als die vorigen Theile; da ich in demselben das Erbrecht abgehandelt habe, welches ohnstreitig den schwersten Theil des Civilrechts ausmacht. So unvollkommen ich meine Arbeit halte, so glaube ich dennoch, daß sie den Schriften anderer berühmten Rechtslehrer wenigstens einigermaßen an die Seite gesetzt werden kann. Ich bitte aber die Herren Besitzer meines Buchs mir zu verzeihen, daß ich das Kapitel in diesem Theile nicht beendigt habe. Es war nicht möglich, wenn ich nicht diese äußerst verwickelte Materie obenhin bearbeiten wollte, womit jeder Verständige gewiß unzufrieden seyn müste.

Vorrede.

Wer die Schriften anderer berühmter Rechtslehrer über das Erbrecht mit meiner Arbeit vergleicht, wird schon aus der Anzahl der Bogen finden, daß ich mich nicht kürzer fassen konnte.

Die Herren Besitzer meines Handbuchs enthalten also in dem folgenden sechsten Theile, welcher g. G. zur Leipziger Neujahrmesse erscheinen wird, noch sehr wichtige Lehren aus der Erbschaftsmaterie; z. B. die Grundsätze von ungültigen Vermächtnissen, und von den mit einem Vermächtniß verbundenen Rechten und Verbindlichkeiten, von Fideicommissen, von privilegirten Testamenten, von ungültigen Testamenten, von der prätorischen Erbfolge, von der Intestaterbfolge, von der Erbfolge nach Verträgen, von den Rechten und Verbindlichkeiten der Erben, von Klagen wegen des Erbrechts. Wie ich hoffe, wird die Sammlung der Formulare von den verschiednen Arten der Testamente, womit ich den Anfang des Kapitels vom Erbrechte gemacht habe, ein eigner Vorzug meiner Arbeit seyn. Durch Vergleichung dieser Formulare mit den in dem ganzen Kapitel enthaltenen Grundsätzen muß das Interesse derselben ohnstreitig steigen. Und hiermit empfehle ich dem edeldenkenden Publikum die fernere gütige Aufnahme meiner Arbeit.

Inhalt.

Zweytes Buch.

Von dem Sachenrechte.

Fortsetzung des vierten Kapitels.

Von Hypotheken.

§. 2.

Von den Sachen, welche zur Hypothek verschrieben werden können, S. 1—24. Alle Sachen, wodurch der Gläubiger Sicherheit wegen seiner Anforderung erhält, können ihm zur Hypothek verschrieben werden, 1. Sachen göttlichen Rechts, und freye Menschen sind, der Regel nach, kein Gegenstand einer Hypothek, 2. Diese Regel hat Ausnahmen, 2. Ob Begräbnißplätze verpfändet werden können? 2. Eine Sache, woran mehrern Personen ein Eigenthumsrecht zusteht, kann jeder zu seinem Antheile verpfänden, 3. Streitige Sachen zu verpfänden ist nicht erlaubt, 3. Was hat der Pfandgläubiger zu thun, wenn nach bereits geschehener Verpfändung, ein Proceß über die zur Hypothek verschriebene Sache entsteht? 4. Wer eine Sache zur Hypothek verschreiben

Inhalt.

ben will, braucht nicht das volle Eigenthumsrecht derselben zu haben, 4. Der Erbzinsmann kann sein Erbzinsguth verpfänden, 4. Das Flächenrecht kann zur Hypothek verschrieben werden, 5. Was ist Rechtens wenn ein Lehnguth zur Hypothek verschrieben werden soll? 6. Wenn der Lehnherr ein für allemal erklärt hat, in die Verpfändung des Lehns zu willigen, wie muß diese Einwilligung verstanden werden? 7. Der Vasall muß um die Einwilligung des Lehnherrn zu Verpfändung des Lehns nachsuchen, 7. Formular des Ansuchens um den lehnsherrlichen Consens, in die Verschreibung des Lehns zur Hypothek, 8. Formular des ertheilten lehnsherrlichen Consenses in die Verschreibung des Lehns zum Unterpfande, 9. Auch bewegliche Sachen können zur Hypothek verschrieben werden, 10. Was ist Rechtens wenn ein Haus zur Hypothek verschrieben worden? 11. Wenn die Hauptsache zur Hypothek verschrieben worden, so erstreckt sich dieselbe auch auf die Zubehör, 12. Von der Verpfändung einer Heerde, oder eines Waarenlagers, 12. Rechte sind ebenfalls ein Gegenstand der Verpfändung, 13. Von der Verpfändnng einer Anforderung, oder einer Hypothek, 13. Von der Verpfändung der persönlichen Servituten, 14. Von der Verpfändung der Landservituten, 15. Ob Stadtservituten bey den Römern verpfändet werden konnten? 15. Von der Verpfändung fremder Sachen, 16. Die Verpfändung fremder Sachen kann mit ausdrücklicher oder stillschweigendee Bewilligung des Eigenthümers geschehen, 17. Was ist Rechtens, wenn der Eigenthümer der von einem Fremden verpfändeten Sache der Erbe desselben wird? 19. Von der Verpfändung derer einem Minderjährigen zugehörenden Sachen, und des Brautschatzes, 22. Von der Verpfändung künftiger Güther. 23.

Inhalt.

§. 3.

Von den Personen welche bey der Ertheilung einer Hypothek vorkommen, S. 24—44. Wer ist berechtigt, etwas zur Hypothek zu verschreiben? 24. Was hat der Vasall bey der Verpfändung eines Lehns zu beobachten? 25. Wenn sind die Mitbelehnten schuldig in die Verpfändung des Lehns zu willigen? 25. Formular eines Vertrages zwischen den Mitbelehnten über die Verpfändung des Lehns, 26. Wenn ist der Erbzinsmann, der Meyer, eine Stadt, eine Gemeine, desgleichen ein Bevollmächtiger berechtigt, eine Hypothek zu versprechen, 31. Von der Person desjenigen, der sich eine Sache zur Hypothek verschreiben lassen kann, 32. Wer sich etwas zur Hypothek verschreiben läßt, muß darauf Rücksicht nehmen, daß er auf alle Fälle Sicherheit behält, 33. Wie kann man den wahren Werth eines Hauses herausbringen? 33. Formular eines gerichtlichen Zeugnisses über den Werth eines Ritterguths, 34. Formular eines Auszugs aus dem Hypothekenbuche, 35. Ein anderes Formular, 35. Wer ist berechtigt den Auszug aus dem Hypothekenbuche zu verlangen? 36. Worauf hat man hauptsächlich zu sehen, wenn man mit Sicherheit auf ein Haus oder ein Ritterguth Geld lehnen will? 37. Formular eines Einwilligungsbekenntnisses der Mitbelehnten in die Verpfändung des Lehns, 39. Ein anderes Formular nebst einer Unterpfandsverschreibung des Ritterguths, 40. Wenn kann ein Bevollmächtigter eine Hypothek ertheilen? 44.

§. 4.

Von der gerichtlichen Bestätigung einer Hypothek, S. 45—64. Nur derjenige Richter ist der Regel nach berech-

Inhalt.

berechtigt, eine Hypothek zu bestätigen, dessen Gerichtsbarkeit das Grundstück unterworfen ist, welches zur Hypothek verschrieben worden, 45. Ob hierbey die freywillige Anerkennung der Gerichtsbarkeit statt haben könne? 46. Wenn bewegliche Sachen zur Hypothek verschrieben worden, so kann sie jeder Richter bestätigen, 46. Die Bestätigung der Hypothek soll eigentlich an der gewöhnlichen Gerichtsstelle selbst geschehen, 47. Wenn gehört die Bestätigung einer Hypothek für den nächsten Oberrichter? 47. Was ist Rechtens bey der Bestätigung der Hypothek, wenn der Richter selbst der Schuldner ist? 47. Einen Auszug aus dem Hypothekenbuche darf der Richter nicht ertheilen, wenn er selbst der Schuldner ist, 48. Wenn ist die Bestätigung einer Hypothek null und nichtig? 48. Um die gerichtliche Bestätigung einer Hypothek muß entweder mündlich oder schriftlich nachgesucht werden, 49. Ob ein Bevollmächtigter eine Hypothek gerichtlich bestätigen lassen könne? 49. Der Gläubiger ist für sich allein nicht berechtigt, um die Bestätigung einer Hypothek nachzusuchen, 50. Was kann der Gläubiger thun, wenn der Schuldner die Bestätigung der Hypothek verweigert? 51. Der Richter muß vor der gerichtlichen Bestätigung der Hypothek prüfen, ob der Schuldner berechtigt gewesen, die Hypothek zu ertheilen, 51. Die schriftliche Unterpfandsverschreibung muß den Interessenten vorgelesen werden, 52. Was hat der Richter zu thun, wenn ein Dritter gegen die Bestätigung der Hypothek einkommt? 53. Wenn ist ein Dritter berechtigt gegen die Bestätigung der Hypothek einzukommen? 53. Der Richter ist verbunden zu untersuchen, ob die zur Hypothek verschriebene Sache dem Gläubiger hinlängliche Sicherheit verschaffe, 54. Der Richter muß dem Gläubiger allen Schaden ersetzen, wenn er bey

Inhalt.

Bestätigung der Hypothek ein grobes Versehen begangen, 55. Der Richter kann nicht gezwungen werden, in eine zu große Summe zu consentiren, wenn die Landesgesetze hierüber nichts festsetzen, 56. Formulare der gerichtlichen Bestätigung einer Hypothek, 56. Die Bestätigungsurkunde der Hypothek wird entweder ganz oder auszugsweise in das Hypothekenbuch eingetragen, 57. Der Regel nach wird dem Schuldner das Original der ausgefertigten Bestätigung vom Gericht eingehändigt, 58. Ausnahme von dieser Regel, 58. Was ist Rechtens wenn der Schuldner einem spätern Gläubiger eine Hypothek zum Nachtheil des ältern bestätigen lassen? 59. Was ist zu thun, wenn die Obligation verlohren gegangen? 59. Vom Hypothekenbuche, 60. Wie wird ein Hypothekenbuch eingerichtet? 61. Wie geschieht die Fortsetzung eines Hypothekenbuchs? 62. Von der Löschung einer ertheilten Hypothek. 63.

§. 85.

Von den mit einer Hypothek verbundenen Rechten und Verbindlichkeiten, S. 64—83. Die Hypothek wird zur Sicherheit einer gegründeten Anforderung ertheilt, 64. Die Anforderung ist die Hauptverbindlichkeit, und die Hypothek die Nebenverbindlichkeit, 65. Erstreckt sich die Hypothek auch zugleich auf die Zinsen der Hauptschuld? 65. Es ist Niemanden erlaubt sich einseitig eine Hypothek an der Sache eines andern anzumaßen, 66. Eine Hypothek kann auch durch Handlungen übertragen werden, 67. Wer dem andern eine Hypothek ertheilt hat, verliert dadurch nicht das Eigenthum seiner Sache, 57. Weil der Schuldner das Eigenthum an der zur Hypothek verschriebenen Sache behält, so kann er auch die verpfändete unbewegliche Sache veräußern, 68. Es

ist

ist vorsichtig, den Schuldner auf die Freyheit die verpfändete Sache veräußern zu können, Verzicht thun zu lassen, 69. Formular einer solchen Verzicht, 70. Was ist Rechtens, wenn sich der Gläubiger von dem Schuldner den Besitz der Hypothek übertragen lassen? 71. Vom Verkauf der zur Hypothek verschriebnen Sache, 71. Wenn darf der Gläubiger die ihm verpfändete Sache an sich kaufen? 72. Was hat der Gläubiger zu beobachten, wenn er auf den Verkauf der Hypothek dringen will? 73. Von den Clauseln welche in den Unterpfandsverschreibungen wegen des künftigen Verkaufs vorkommen, 74. Erhält der Gläubiger seine Befriedigung, so kann er nicht auf den Verkauf der Hypothek dringen, 75. Verordnungen des römischen Rechts über den Verkauf einer Hypothek, 76. Nach zwey Jahren hört das Recht des Gläubigers zur Wiedereinlösung seiner Sache auf, 77. Wenn kann der Schuldner um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Verkauf der Hypothek nachsuchen? 78. Wenn ist der Verkauf der Hypothek null und nichtig, 79. Das Geld für die verkaufte Hypothek wird zuerst auf die Zinsen des Capitals abgerechnet, 80. Ausnahmen von dieser Regel, 80. Was ist in Ansehung der Schadloshaltung Rechtens, wenn der Käufer die an sich gekaufte Hypothek wieder herausgeben muß? 81.

§. 6.

Von privilegirten und nicht privilegirten Hypotheken, S. 83 — 157. Vom Absonderungsrechte, 84. Der Grund des Absonderungsrechts ist das Eigenthum, 85. Von den daraus entspringenden Klagen, 85. In solchen Gegenden, wo keine allgemeine Güthergemeinschaft eingeführt ist, hat die Ehefrau ein Absonderungsrecht in Rücksicht auf ihr Vermögen,

mögen, so lange es noch in Natur vorhanden ist, 86. Von dem Absonderungsrechte der Kinder, 87. Von dem Absonderungsrechte solcher Personen, denen das Eigenthum an der Sache zusteht, welche sie fordern, 88. Wer weder das Absonderungsrecht ausüben kann, noch eine Hypothek an dem Vermögen des Gläubigers hat, ist ein persönlicher Gläubiger, 89. Eine ältere einfache Hypothek hat den Vorzug vor einer neuern, 90. Von dem eigentlichen Alter einer Hypothek, die aufs neue bestätigt worden, 91. Wie beweißt man das Alter einer Hypothek, 92. Was versteht man unter einer privilegirten Hypothek? 92. Von den privilegirten Hypotheken welche sich über das ganze Vermögen des Schuldners erstrecken, 93. Von der privilegirten Hypothek der Kriegscasse an dem ganzen Vermögen des Principils, 93. In Teutschland legt man der Kriegscasse eine privilegirte Hypothek an dem ganzen Vermögen desjenigen bey, welchem Soldatengelder anvertraut sind, 94. Ob den Kirchencassen eine allgemeine privilegirte Hypothek an dem Vermögen derer zustehe, welche Kirchengelder einzunehmen haben? 95. Von der allgemeinen privilegirten Hypothek der Staatscasse, wegen schuldig gebliebener Abgaben, 95. Wie werden öffentliche Abgaben bewiesen? 96. Von der allgemeinen privilegirten Hypothek einer Ehefrau wegen ihres eingebrachten Brautschatzes, 97. Von dem Vorzuge dieser allgemeinen Hypothek, 98. Ob sich diese Hypothek auch auf die Vermehrungen des Brautschatzes, und die Früchte davon erstrecke? 98. Die privilegirte Hypothek des Brautschatzes fällt deswegen nicht weg, weil die Ehefrau wissentlich einen verschuldeten Mann geheyrathet hat, 99. Ob die Judenweiber von der privilegirten Hypothek des Brautschatzes Gebrauch zu machen berechtigt sind? 100. Die privilegirte Hypothek

Inhalt.

pothek des Brautschatzes erstreckt sich auch auf die Kinder und Enkel der Ehefrau, 101. Die übrigen Erben der Frau haben die privilegirte Hypothek des Brautschatzes nicht zu genießen, 102. Wenn mehrere Heyrathsgüther zurück gefordert werden, so geht der ältere Brautschatz vor, 103. Die privilegirte Hypothek des Brautschatzes geht von der Zeit an, da die Ehe geschlossen worden, wenn auch der Brautschatz später abgeliefert seyn sollte, 103. Von dem Zurückbehaltungsrecht der Ehefrau wegen ihres Brautschatzes, 104. Vom Beweiß des eingebrachten Brautschatzes, 104. Von der allgemeinen privilegirten Hypothek des Fiscus an dem Vermögen dessen, welcher dem Fiscus aus einem Contract etwas schuldig ist, 105. Von besondern privilegirten Hypotheken, 106. Von der besondern privilegirten Hypothek desjenigen, der zu Ankaufung eines öffentlichen Amtes Geld vorgeschossen hat, 107. In Teutschland verkauft man die Aemter nicht, 107. Von der besondern privilegirten Hypothek dessen, der zur Wiederaufbauung eines bereits erbaut gewesenen Gebäudes Geld vorgeschossen hat, 108. Ob diese privilegirte Hypothek auch demjenigen zu Statten komme, der nur Baumaterialien hergegeben hat? 108. Wie kann man die geschehene Verwendung des vorgeschossenen Geldes zur Wiederaufbauung eines bereits vorhanden gewesenen Hauses beweisen? 110. Von der besondern privilegirten Hypothek dessen, welcher zum Ankauf eines Hauses oder andern Grundstücks Geld vorgeliehen, und sich an der gekauften Sache eine Hypothek versprechen lassen, 112. Diese Hypothek muß ausdrücklich ertheilt worden seyn, 113. Von der besondern privilegirten Hypothek dessen, welcher sich das Eigenthum an der verkauften Sache vorbehalten hat, 113. Vom Beweiß der privilegirten Hypothek we-

gen

Inhalt.

gen eines Darlehns zu Ankaufung eines Grundstücks, 114. Ob die Hypothek zur Sicherheit des vorbehaltenen Eigenthums, der Hypothek einer Ehefrau zur Sicherheit ihres Brautschatzes vorgehe? 114. Von der besondern privilegirten Hypothek an der, mit dem Gelde eines Unmündigen erkauften Sache, 115. Von den nicht privilegirten Hypotheken, 116. Unter den nicht privilegirten Hypotheken gehen die öffentlichen den Privathypotheken vor, 117. Ob die gesetzlichen und die Privathypotheken nach dem römischen Rechte einander völlig gleich gehalten werden? 118. Von der nicht privilegirten Hypothek, welche aus einem letzten Willen herrührt, 119. Von den aus Verträgen herrührenden nicht privilegirten Hypotheken, 119. Beyspiele von Hypotheken die aus stillschweigenden Verträgen herrühren, 119. Wie lange kann Jemand einem andern eine Hypothek ertheilen? 121. Nach welchen Gesetzen wird gesprochen, wenn von der Gültigkeit einer Hypothek die Frage ist? 122. Worauf hat man bey dem Alter einer nicht privilegirten Hypothek zu sehen? 123. Vom Alter einer Hypothek, wenn der Hauptcontract unter einer Bedingung geschlossen worden, 124. Von dem Alter einer erneuerten Hypothek, 125. Was ist bey Bestimmung der Frage vom Alter der Hypothek Rechtens, wenn die Zeit der Bestellung ungewiß ist? 126. Von dem Alter einer gesetzlichen Hypothek, 126. Die ältere Hypothek geht der neuern vor, ohne darauf zu sehen, ob von einer allgemeinen oder besondern Hypothek die Rede ist, 126. Es wird so lange vermuthet, daß die besondere Hypothek zur Befriedigung zugereicht hat, bis das Gegentheil deutlich bewiesen ist, 127. Wenn der Schuldner die versprochene Hypothek nicht gerichtlich bestätigen lassen will, so kann die Obrigkeit sie auch wider seinen Willen bestä-

Inhalt.

tigen, 128. Wenn ist keine öffentliche Hypothek ertheilt worden? 129. Eine Hypothek, welche ein Schuldner der Obrigkeit selbst bestellt, gilt allerdings, 130. Von den sogenannten richterlichen Hypotheken, 131. Von prätorischen Hypotheken, 132. Von gesetzlichen Hypotheken, 134. Von der gesetzlichen Hypothek des Vermiethers eines Gebäudes, 135. Ob diese Hypothek für die älteste unter allen Hypotheken zu halten sey? 135. Was für Sachen können nicht mit der gesetzlichen Hypothek zur Sicherheit des Miethgeldes beschwert werden? 136. Fremde Sachen sind kein Gegenstand dieser Hypothek, 137. Es kommt nichts darauf an, ob der Abmiether die Sache selbst gebraucht, oder sie durch einen andern benutzt hat? 138. Die gesetzliche Hypothek wegen des versprochenen Miethgeldes ist theils eine allgemeine, theils eine besondere Hypothek, 139. Von der gesetzlichen Hypothek dessen, der ein Landguth verpachtet hat, an den Früchten des verpachteten Grundstücks, 140. Diese Hypothek erstreckt sich auch auf diejenigen, die von dem eigentlichen Pächter wieder etwas gepachtet haben, 140. Von der gesetzlichen Hypothek der Kinder an dem ganzen Vermögen ihres Vaters, zur Sicherheit ihres von der Mutter herrührenden Vermögens, 141. Was müssen die Kinder beweisen, wenn sie sich auf diese Hypothek berufen, 143. Von der gesetzlichen Hypothek des Unmündigen an dem sämmtlichen Vermögen des Vormunds, 144. Von der gesetzlichen Hypothek der Ehefrau an dem ganzen Vermögen ihres Mannes, 147. Von der gesetzlichen Hypothek des Fiscus an dem Vermögen desjenigen, der mit ihm einen Contract geschlossen, 149. Von der gesetzlichen Hypothek der Ehefrau zur Sicherheit der Wiederlage, 150. Von der gesetzlichen Hypothek zur Sicherheit eines

eines Vermächtnisses, 150. Diese Hypothek gehört unter die allgemeinen Hypotheken, 152. Von der gesetzlichen Hypothek des Ehemannes zur Sicherheit des ihm versprochenen Brautschatzes, 153. Von der gesetzlichen Hypothek der Kinder an dem Vermögen der Mutter, wenn sie in die zweyte Ehe getreten, 154. Beyspiele einiger, von den Rechtslehrern wider die Vorschrift der Gesetze angenommenen Hypotheken. 153.

§. 7.

Von der Art und Weise wie die Hypotheken wieder aufhören, und von den Klagen die wegen einer Hypothek angestellt werden können, S. 157—196. Nach geschehener völliger Befriedigung des Gläubigers hört seine gehabte Hypothek auf, 157. Die Bezahlung einer Schuld muß in den gesetzmäßigen Münzsorten geschehen, 158. Wir haben in Teutschland von Zeit zu Zeit einen andern Münzfuß erhalten, 159. Vom Aufgelde zur Gleichmachung der verschiednen Münzsorten, 161. Von den verschiednen Arten eine Schuld zu tilgen, zu deren Sicherheit eine Hypothek vorhanden gewesen, 163. Bey einer Schenkung muß genau unterschieden werden, ob nur die Hypothek erlassen worden, oder die eigentliche Anforderung, 164. Von der Erlassung einer gehabten Hypothek, 165. Wenn geht eine Hypothek durch den geschehenen Verkauf der verpfändeten Sache verlohren? 166. Ob die Hypothek bloß deswegen verlohren gehen könne, weil der Gläubiger den Verkauf der ihm verpfändeten Sache gewußt hat? 168. Wenn geht die Hypothek durch den öffentlichen Verkauf verlohren? 169. Eine Hypothek hört auf, wenn die Bedingung nicht eintritt, oder wenn das Recht des Schuldners aufgehört hat, 171. Ob durch die Veränderung einer

zur Hypothek verschriebenen Sache das Unterpfandsrecht verlohren gehen könne? 172. Von dem Verlust der Hypothek wegen einer vorhandenen Verjährung, 174. Zur Tilgung der Hypothek vermittelst der Verjährung wird der Ablauf einer Zeit von 40 Jahren erfordert, 175. Von der Verjährung einer zur Hypothek verschriebenen Sache, wenn sie ein dritter besessen hat, 177. Von der Cassation der gerichtlichen Hypotheken, 177. Formular eines Ansuchens von Seiten des Schuldners um die Cassation der gerichtlich bestellten Hypothek, 178. Formular des Cassationsscheins, 178. Von der Pfandnachfolge, 178. Wer kann von dem Eintretungsrechte (ius offerendi) Gebrauch machen? 181. Formular einer geschehenen Cession einer Hypothek, 182. Formular eines Bittschreibens um die gerichtliche Bestätigung der geschehenen Cession einer Hypothek, 183. Von den Klagen, zu deren Einführung die Hypotheken Gelegenheit gegeben, 184. Von der Imploration des richterlichen Amtes um die gerichtliche Bestätigung einer ertheilten Hypothek, 185. Von der eigentlich sogenannten hypothekarischen Klage überhaupt, 185. Von der Servianischen Klage, 186. Wenn kann die hypothekarische Klage angestellt werden? 187. Formular einer hypothekarischen Klage, 189. Formular der Servianischen Klage, 190. Ein anderes Formular einer hypothekarischen Klage, 191. Vom Beweise, welchen der Kläger nach Verschiedenheit der Fälle bey der hypothekarischen Klage führen muß, 192. Wenn die hypothekarische Klage gegen einen Fremden angestellt worden, so muß ein dreyfacher Unterschied in Rücksicht auf den Beweiß gemacht werden, 192. Wenn ist der Beweiß des Eigenthums des Verpfänders nöthig? 193. Nach dem ältern römischen Rechte stand es bey dem Kläger, ob

er seinen Schuldner, der die Hypothek veräußert hätte, zuerst ausklagen, oder gleich den Besitzer dieser verpfändeten Sache in Anspruch nehmen wollte. 194.

Fünftes Kapitel.

Vom Erbrechte.

§. 1.

Formulare von Testamenten, S. 197—261. Formular eines schriftlichen Testaments vor acht Zeugen, worin sehr verschiedene Verordnungen vorkommen, 197. Formular eines schriftlich abgefaßten Testaments, wie solches entweder gerichtlich niedergelegt, oder von den Zeugen unterschrieben wird, 200. Schriftliches Testament eines Adelichen, 209. Formular eines im Testament gestifteten adelichen Familienfideicommisses, 213. Formular eines vor der Gerichtsdeputation mündlich errichteten Testaments eines Adelichen, 218. Formular eines gerichtlich niedergeschriebenen Testaments einer Person vom Bauernstande, 228. Formular eines vor sieben Zeugen errichteten schriftlichen wechselseitigen Testaments unter Ehegatten, 230. Ein anderes Formular eines schriftlichen wechselseitigen Testaments unter Ehegatten, 233. Formular eines gerichtlich erklärten letzten Willens unter Ehegatten, 234. Formular einer Testamentsurkunde über ein vor dem Notarius und Zeugen mündlich ausgesprochenes Testament zwischen Eltern und Kindern, mit der pupillarischen Aftereinsetzung, fideicommissarischen Verordnung, auch Vor- aus- und andern Vermächtnissen, 235. Ein anderes Formular eines Notariatsinstruments über ein

schriftlich errichtetes Testament, 243. Formulare der Registraturen über die Ueberreichung eines schriftlichen Testaments im Gericht, nach den verschiednen Fällen die dabey vorkommen können, 245. Formular eines Notariatsinstruments über eine, vor dem Notarius und Zeugen mündlich vorgetragene gegenseitige letzte Willensverordnung zwischen Ehegatten, 247. Formular des Protocolls über ein errichtetes mündliches Testament vor abgeordneten Gerichtspersonen, 254. Formular einer Notariatsverzeichnung über eine feyerliche, mündlich ausgesprochene, testamentliche Erbverordnung, 258.

§. 2.

Von der Erbfolge nach einem Testament, und von den Personen die ein Testament machen können, S. 261 — 299. Was verstehen die Rechtslehrer unter dem Erbrechte? 261. Das Wort Erbschaft wird objectivisch und subjectivisch gebraucht, 262. Verschiedne Eintheilungen der Erbschaften, 263. Vom Erben, 264. Der Erbe kann sein Recht zur Erbfolge durch ein Testament erlangen, 265. Was verstehen die Rechtslehrer unter einem Testamente? 265. Wem ist es nicht erlaubt ein Testament zu machen? 266. Einige Personen sind von Natur unfähig ein Testament zu machen, und zwar diejenigen, die den Gebrauch ihrer Vernunft nicht haben, 267. Wer bey der Errichtung eines Testaments als Richter oder Notarius gegenwärtig ist, muß genau darauf achten, ob der Testator so viel Vernunft hat, als zur Erklärung seines letzten Willens nöthig ist, 268. Wie muß der hinlängliche Gebrauch der Verstandskräfte bey einem verdächtigen Testator geprüft werden? 269. Ein Fall, wo die Untersuchung geschehen, ob der Erblasser so viel Verstandeskräfte gehabt, mit Recht ein Testament machen zu können, 269. Ein andrer

Inhalt.

hierher gehörender Fall, 270. Daß derjenige, der sein Testament machen will, einen ganz besonders guten Verstand habe, ist nicht nöthig, 273. Ob bey der Frage, wer ein Testament machen könne, auf die körperliche Gesundheit des Erblassers Rücksicht genommen werden müsse? 274. Unter die Naturfehler, welche hindern ein Testament zu machen, gehört die Taubheit und Stummheit, 275. Wenn ist es heutzutage erlaubt, daß ein Taubstummer ein Testament machen darf, 276. Merkwürdiger Fall, wo es erlaubt worden, daß ein Taubstummer ein Testament zum Vortheil seiner Frau machen dürfen, 276. Von den Zeichen, woraus man den Schluß gemacht, daß er seine Frau zur Universalerbin einsetzen wollen, 279. Kann ein durch Krankheit stumm gewordener ein Testament machen? 282. Von dem Testament eines Blinden, 283. Von dem Testament eines solchen, der weder lesen noch schreiben kann, 284. Wie alt muß derjenige seyn, der ein Testament machen will? 285. Bey den Römern durfte kein Sclave ein Testament machen, 286. Ob unsere Leibeignen ein Testament machen dürfen? 287. Von dem Testament eines Kriegsgefangenen, 287. Kinder die noch der väterlichen Gewalt unterworfen sind, dürfen kein Testament machen, 288. Verschiedenen Personen ist es zur Strafe verbothen, ein Testament zu machen, 289. Wer das Verbrechen des Hochverraths begangen, darf kein Testament machen, 289. Andere Missethäter, welche zum Tode verurtheilt worden, können der Regel nach ein Testament machen, 290. Wer den christlichen Glauben verlassen hat, darf kein Testament machen, 291. Der Kayser Justinian nennt über dreyßigerley Ketzer seiner Zeit, denen er verboth ein Testament zu machen, 291. Wer bey den Römern von der Obrig-

keit für einen Verschwender erklärt worden, durfte kein Testament machen, 292. Der Kayser Leo änderte dieses gewissermaßen ab, 293. Personen, die wegen eines Pasquils verurtheilt worden, war es nicht erlaubt, ein Testament zu machen, 294. Von der Testamentsfähigkeit solcher Personen, die in einem verbotenen Grade geheyrathet, und der Selbstmörder, 294. Wer mehr Zinsen genommen, als erlaubt ist, darf kein Testament machen, 294. Von der Testamentsfähigkeit der Mönche, der Betrunkenen, Zornigen, und solcher, die durch List, Gewalt oder Betrug zur Errichtung eines Testaments veranlaßt worden, 295. Von der Gültigkeit eines Testaments, welches durch Bitten und Vorstellungen veranlaßt worden, 296. Nur römische Bürger durften der Regel nach ein Testament machen, 297. Von der Testamentsfähigkeit derjenigen, welche den Römern als Geißeln übergeben worden, 297. Nach teutschen Rechten können Leibeigne, Fremde und in die Kriegsgefangenschaft gerathene ein Testament machen, 298.

§. 3.

Von öffentlichen und Privattestamenten, S. 299 — 364.

Die Testamente sind entweder öffentliche oder Privattestamente, und diese letztern werden in feyerliche und nicht feyerliche eingetheilt, 300. Von den Testamenten der Römer welche in den Volksversammlungen errichtet worden, 301. Von den ältesten Soldatentestamenten bey den Römern, 302. Was war Cinctus Gabinus? 302. Vom Testament durch Wage und Geld, 303. Ob sieben Personen, oder nur sechse außer dem Erblasser und Erben bey diesem Testament zugegen gewesen? 303. Warum hat man verschiedne Grundsätze von Contracten auch bey Testamenten angenommen? 304. In spätern Zeiten

ten war der Erbe bey dem Testament durch Wage und Geld nicht mehr selbst zugegen, 305. Von dem durch den Prätor eingeführten Testament, 306. Der Natur der Sache nach konnte dieses nur ein schriftliches seyn, 306. Von der von den Kayfern herrührenden äußerlichen Feyerlichkeiten der Testamente, 307. Von Justinians Veränderungen in diesem Stück, 307. Nach dem neuesten römischen Rechte sind die äußerlichen Feyerlichkeiten eines Privattestaments verschieden, 308. Von den äußerlichen Feyerlichkeiten eines schriftlich gemachten Testaments, 308. Ob der Erblasser sein Testament selbst zu schreiben verbunden? 308. Wenn der Testator sein Testament selbst geschrieben, oder doch eigenhändig unterschrieben hat, so bedarf es der Regel nach keiner Vorlesung, 309. Es ist hinlänglich, wenn der Erblasser, der sein Testament nicht selbst geschrieben hat, seinen Namen bloß am Schlusse des Testaments unterschreibt, 310. Wenn der Erblasser weder lesen noch schreiben kann, muß ihm das Testament vorgelesen werden, worauf der achte Zeuge für ihn dasselbe unterschreibt, wenn es vor Zeugen gemacht wird, 310. Die Untersiegelung des Erblassers ist so wenig im römischen Rechte anbefohlen, als die Bemerkung des Tages, wenn das Testament unterschrieben worden, 310. Der Erblasser kann sein Testament in einem Couvert vorlegen, und seinen Namen darauf schreiben, 311. Von der Sprache, worin ein schriftliches Testament abgefaßt werden kann, 311. Die Römer schrieben ihre Testamente auf Wachstafeln oder Pergament, 311. Zu einem schriftlich errichteten feyerlichen Privattestamente werden sieben Zeugen erfordert, 313. Vom Unterschiede zwischen der Glaubwürdigkeit eines Zeugen und der Fähigkeit, als Zeuge bey Errichtung eines Testaments gegenwärtig seyn zu können, 313.

Was

Inhalt.

Was für Personen können bey Beobachtung der äusserlichen Testamentsfeyerlichkeiten nicht Zeuge seyn? 314. Ob der Vormund oder der Vermächtnißnehmer Zeuge bey einem Testament seyn könne? 315. Warum durften Frauenzimmer und Selaven nicht Zeugen seyn bey einem Testament? 316. Ob Leibeigne Zeugen bey einem Testament seyn können? 316. Ob Rasende und Verstandlose und Verbrecher bey einem Testamente Zeugen seyn können? 317. Wen nennten die Römer intestabilis? 317. Ob ein Blinder die Fähigkeit habe, Zeuge bey einem Testamente seyn zu können? 318. Warum sind Blinde für unfähig zum Zeugniß bey einem Testament zu halten? 320. Ob derjenige, welcher das Testament geschrieben, als Zeuge bey dem Testament gebraucht werden könne? 321. Von der Anfrage des Labeo beym Celsus über diesen Umstand, 321. Zu welcher Zeit muß ein Zeuge fähig seyn? wenn er bey der Beobachtung der äußerlichen Feyerlichkeiten eines Privattestaments gegenwärtig seyn kann, 323. Warum müssen sieben Zeugen bey einem Testament zugegen seyn? 324. Die Testamentszeugen müssen zum Zeugniß beym Testament aufgefordert werden, 325. Woher rührt die Erbittung der Zeugen, 325. Die Erbittung der Zeugen muß auch alsdann geschehen, wenn sie von selbst erschienen sind, 326. Der Testator kann den Zeugen sein Testament offen oder versiegelt zur Unterschrift vorlegen, 327. Nur bey Erblassern welche schreiben oder lesen können, geht es an, daß sie ihr Testament, den Zeugen versiegelt zur Unterschrift vorlegen, 329. Von der Untersiegelung des Testaments, welche durch die Zeugen geschieht, 330. Woher rührt die Untersiegelung, 330. Von der ununterbrochenen Fortsetzung der äußerlichen Feyerlichkeiten bey einem schriftlichen Testament, 331. Ob während der Beobachtung der äußerlichen Testa-

Inhalt.

Testamentsfeyerlichkeiten von den Zeugen unter sich oder mit dem Erblasser ein Contract geschlossen werden dürfe, 332. Woher ist die Einförmigkeit der Testamentshandlung entstanden? 333. Nach geschehener Unterschrift der Zeugen kann der Erblasser dasjenige, was noch nicht deutlich genug in seinem Testament bestimmt ist, deutlicher erklären, 334. Von der Ordnung, welche in Ansehung des Inhalts des Testaments beobachtet werden muß, 335. Ist es Misbrauch des Namens Gottes, wenn der Anfang eines jeden Testaments mit der Anrufung des Namens Gottes gemacht wird? 335. Ob die Erinnerung an Tod und Ewigkeit im Eingange des Testaments für unschicklich zu halten? 336. Von den äußerlichen Feyerlichkeiten, welche bey einem mündlichen Testament beobachtet werden müssen, 336. Der Erblasser muß bey einem mündlichen Testamente den Erben so deutlich anzeigen, daß kein Zweifel darüber entstehen kann, 338. Von dem schriftlichen Aufsatze über ein mündlich errichtetes Testament, 338. Warum ist es rathsam einen Notarius zur Errichtung eines Testaments zuzuziehen? 339. Von öffentlichen Testamenten, 340. Wer behauptet, bey einem Privattestamente sey ein Fehler vorgegangen, muß dieses beweisen, 340. Von den vor dem Landesregenten übergebenen öffentlichen Testamenten, 341. Nach dem römischen Rechte muß ein Testament schriftlich vor dem Landesregenten überreicht werden, 341. Von gerichtlichen Testamenten, 342. Vor welchem Richter kann ein gerichtliches Testament errichtet werden? 343. Ob vor dem Dorfrichter und den Schöpfen ein gerichtliches Testament errichtet werden könne? 343. Ob der Richter auch ein wechselseitiges Testament vor seinem eignen Gericht annehmen dürfe? 344. Ob ein Testament dem Richter ganz allein

Inhalt.

lein zur gerichtlichen Annahme überreicht werden könne? 345. Der Gerichtsgebrauch geht so weit, daß man es für gültig hält, wenn ein Testament bloß dem Amtmann überreicht worden, 346. Ob ein Richter außerhalb seines Gerichtssprengels ein Testament annehmen könne? 347. Churſächsische Verordnung darüber, 347. Ist es erlaubt, sein Testament durch einen Bevollmächtigten dem Richter zu überreichen? 348. Was hat der Richter in Ansehung der Person desjenigen zu beobachten, der ihm sein Testament offen überreicht? 349. Formular des Protocolls über die im Gericht selbst geschehene Ueberreichung eines Testaments, 350. Wenn der Richter den Inhalt des Testaments bekannt macht, so kann man eine Injurienklage gegen ihn anstellen, 351. Formulare eines Depositionsscheins über die geschehene richterliche Annahme des Testaments, 352. Was hat der Richter zu thun, wenn ihm ein Testament versiegelt zur Annahme übergeben worden? 352. Formular des gerichtlichen Protocolls über die Ueberreichung eines versiegelten Testaments, 353. Was ist Rechtens, wenn Jemand ein versiegeltes Testament dem Richter zur Annahme übergiebt, der nicht lesen kann? 354. Von mündlich vor Gericht ausgesprochenen Testamenten, 355. Ob es bey den Römern erlaubt gewesen, sein Testament dem Richter mündlich vorzutragen? 356. Was hat bey den Römern Gelegenheit zu Einführung der gerichtlichen Testamente gegeben? 356. Von der gerichtlichen Annahme eines Testaments in der Wohnung des Erblassers, 357. Der Richter muß zur Annahme eines Testaments in der Wohnung des Erblassers mündlich oder schriftlich ersucht werden, 357. Wie viel Personen müssen zur Annahme eines Testaments in der Wohnung des Erblassers abgeschickt werden? 359. Von der Abfaßung des Protocolls,

über

Inhalt.

über die in der Wohnung des Erblassers geschehene Annahme des Testaments, 359. Wenn der Kranke sehr matt ist, muß man ihm Zeit zum Erhohlen lassen, 360. Auch bey gerichtlichen Testamenten muß die Einförmigkeit der Testamenthandlung beobachtet werden, 360. Was hat die Gerichtsdeputation zu beobachten, wenn ihr ein offenes schriftliches oder ein versiegeltes Testament überreicht wird, oder der Erblasser mündlich testiren will? 361. Wenn ein Fehler bey der gerichtlichen Annahme des Testaments vorgegangen, wie ist dieser zu verbessern? 362. Von der Beschaffenheit der in den Gerichten befindlichen Testamentsbücher, 362. Es ist erlaubt sein Testament in zweyerley Gerichten zu übergeben, 363.

§. 4.

Von den Personen die zu Erben eingesetzt werden können, S. 364—407. Von Notherben, 365. Anfangs konnte ein römischer Bürger zum Erben einsetzen, wen er wollte, 365. Unter die Notherben gehören erstlich die Kinder des Erblassers, 366. Vom Pflichttheile, 368. Warum ist der Pflichttheil eingeführt worden, 369. Justinian setzte vierzehn Ursachen fest, um welcher willen Eltern ihre Kinder enterben können; 370. Wenn Kinder ihre Eltern schimpfen, oder sich gar an ihnen thätlich vergehen, so können sie enterbt werden, 370. Was sind harte Beschimpfungen der Eltern? 371. Wenn Kinder eine Vergehung der Eltern anzeigen, wodurch diese um einen großen Theil ihres Vermögens kommen, so können sie enterbt werden, 372. Wenn die Kinder den Eltern verwehren ein Testament zu machen, oder dasselbe zu ändern, so können sie enterbt werden, 373. Kinder können enterbt werden, wenn sie die christliche Religion verlassen, 374. Die Töchter können enterbt

werden,

werden, wenn sie Gelegenheit gehabt, sich anständig zu verheyrathen, sie schlagen es aber aus, und werden nachher öffentliche Huren, 375. Die Kinder können ihre Eltern um acht Ursachen willen enterben, 376. Ob außer den vom Justinian angeführten Enterbungsursachen auch noch andere für gültig zu halten sind, 378. Hat Justinian auch gewisse bestimmte Ursachen festgesetzt, um welcher willen Geschwister einander sogar alsdenn enterben können, wenn sie eine schändliche Person zum Erben eingesetzt haben? 379. Was versteht man unter einer schändlichen Person? 381. Verschiedne Rechtslehrer behaupten, Justinian habe gar keine Enterbungsursachen in Rücksicht auf die Geschwister festgesetzt, 381. Von willkührlichen Erben, 382. Von Natur ist Niemand unfähig Erbe zu seyn, 383. Bey den Römern konnten Sclaven als Sclaven nicht zu Erben eingesetzt werden, 384. Ob die Freylassung ausdrücklich mit der geschehenen Erbeseinsetzung des eignen Knechts verbunden werden müssen, 384. Wer seinen Sclaven zum Erben einsetzen wollte, mußte auch berechtigt seyn, dem Sclaven die Freyheit zu ertheilen, 386. Ein Fremder, und wem Feuer und Wasser verbothen worden, konnte nicht zum Erben eingesetzt werden, 389. Ob ungewisse Personen bey den Römern zu Erben eingesetzt werden dürfen? 390. In wieferne heutzutage ungewisse Personen zu Erben eingesetzt werden können? 392. Nach Justinians Verordnung kann Christus, die Erzengel, die Heiligen, die Märtyrer, die Kirchen und die Armen zu Erben eingesetzt werden, 393. Von den Personen welche zur Strafe nicht zu Erben eingesetzt werden dürfen, 395. Gänzlich ausgeschlossen von der Erbeseinsetzung sind die Söhne desjenigen, der das Verbrechen des Hochverraths begangen, 395. Von der christlichen Religion abge=

abgefallene, und unerlaubte Gesellschaften dürfen nicht zu Erben eingesetzt werden, 396. Wenn ist die Erbeseinsetzung des Landesregenten ungültig? 397. Dem zweyten Ehegatten kann nach dem römischen Rechte nicht mehr hinterlassen werden, als einem Kinde aus der ersten Ehe, 398. Eltern welche in einer blutschänderischen Ehe gelebt, durften ihre darin erzeugten Kinder nicht zu ihren Erben einsetzen, 398. Ob Eltern ihre unehelichen Kinder zu Erben einsetzen dürfen? 399. Von der Verordnung des neuesten römischen Rechts, in wie ferne der Vater seine natürlichen Kinder zu Erben einsetzen darf, 400. Der Vater darf seine ehelichen Kinder nicht bloß in ihrem Pflichttheile zu Erben einsetzen, und das übrige Vermögen seinen unehelichen Kindern hinterlassen, 402. Personen die mit einander Ehebruch getrieben und deswegen bestraft worden, dürfen einander nicht zu Erben einsetzen, 404. Ob ein Testamentszeuge zum Erben eingesetzt werden könne? 404. Von verschiedenen Personen welche bey den Römern nicht ohne alle Einschränkung zu Erben eingesetzt werden durften, 404. Bey der Fähigkeit des eingesetzten Erben wird auf dreyerley verschiedene Zeitpunkte Rücksicht genommen, 405. Ueber was für Sachen darf in einem Testamente disponirt werden? 405.

§. 5.

Von der willkührlichen Erbeseinsetzung, S. 407—456.

Was heißt die Erbeseinsetzung überhaupt? 407. Eintheilungen der Erbeseinsetzung, 408. Nach dem ältern römischen Rechte mußte die unmittelbare Erbeseinsetzung mit bestimmten Worten, und in der lateinischen Sprache geschehen, 409. Die Erbeseinsetzung

mußte auch vor den Vermächtnissen geschehen seyn, 411. Die Römer setzten ihre Erben in gewissen Theilen ihrer Verlassenschaft ein, 411. Von der Eintheilung der Erbschaft in 12, 24 und 36 Theile, 412. Diese Eintheilung ist bey Erklärung der römischen Gesetze von der Vertheilung einer Erbschaft unentbehrlich, 413. Wenn der Erblasser in Ansehung der Theile, wie viel jeder von seinen eingesetzten Erben bekommen soll, alles deutlich bestimmt hat, so muß diese Verordnung genau befolgt werden, 413. Beyspiele wie die römischen Rechtsgelehrten dunkele Erklärungen der Erblasser in Ansehung der Theile, welche jeder Erbe bekommen sollte, ausgelegt, 414. Was ist Rechtens wenn der Erblasser einigen von seinen Erben ihre Erbportion angewiesen, andern aber nicht? 415. Bisweilen mußten die ausgesetzten Theile vermindert werden, 417. Bisweilen muß der Erbe in gewisser Rücksicht als Erbe, in anderer Rücksicht aber als Vermächtnißnehmer betrachtet werden, 418. Die Erbeseinsetzung muß schlechterdings im Testament geschehen, der Name des Erben kann aber im Codicill oder in einem verschlossenen Zettel stehen, 420. Hat Jemand nur erst einen Erben genannt, man sieht aber er hat noch mehrere nennen wollen, und dieses ist gleichwohl nicht geschehen, so gilt die Erbeseinsetzung nicht, 420. In wieferne ist es dem eingesetzten Erben erlaubt, das Testament selbst zu schreiben? 421. Es kann Jemand unter einer Bedingung zum Erben eingesetzt werden, 422. Erste Eintheilung der Bedingungen, 423. Von vernichtenden und aufhaltenden Bedingungen, 424. Von bejahenden und verneinenden, möglichen und unmöglichen Bedingungen, 424. Was versteht man unter einer bedingten Erbeseinsetzung, 427. Der Erblasser kann seinen Erben in einigen

Inhalt.

gen Theilen der Erbschaft bedingt, in andern aber mit einer Bedingung einsetzen, 428. Was ist Rechtens, wenn sich der Erblasser bey der angeführten Bedingung geirrt hat, oder er wollte eine Bedingung beyfügen und hat es vergessen? 428. Die Bedingung muß zugleich mit der Erbeseinsetzung angeführt werden, 429. Der Erblasser kann den Erben unter mehr als einer Bedingung zum Erben einsetzen, 429. Die Bedingungen können ausdrücklich und stillschweigend angeführt werden, 430. Jede Bedingung muß der Regel nach etwas zukünftiges zur Absicht haben, 431. Von lächerlichen und verworrenen Bedingungen, 432. Die unmöglichen Bedingungen können auf zweyerley Art mit der Erbeseinsetzung verbunden werden, 433. Die Rechtslehrer sind über die Ursache, warum unmögliche Bedingungen als nicht beygefügt angesehen werden, verschiedner Meynung, 433. Auch darüber streitet man ob die unmögliche Bedingung nicht gelte, weil sie der Erblasser für unmöglich gehalten, 434. Beyspiele von unerlaubten Bedingungen bey den Römern, 435. Ob eine Bedingung durch den Eyd verstärkt werden könne? 436. Beyspiele von schändlichen Bedingungen, 438. Beyspiele von verworrenen Bedingungen, 439. Was ist Rechtens wenn der Erblasser eine erlaubte Bedingung mit der Erbeseinsetzung verbunden hat? 440. Wenn Jemand mit einer erlaubten bejahenden oder verneinenden Bedingung zum Erben eingesetzt worden, so muß die Mucianische Caution bestellt werden, 442. Was ist Rechtens, wenn die Erbeseinsetzung unter einer Bedingung geschehen ist? 444. Die Erbeseinsetzung kann auch mit Anführung einer gewissen Absicht (modus) geschehen, 447. Ob die Erbeseinsetzung mit Beyfügung einer Zeit geschehen

könne?

könne? 448. Es ist nicht nöthig, daß der Erblasser den Ausdruck Erbe bey der Erbesernennung braucht, 451. Eine falsche Beschreibung des Erben schadet nicht, 451. Wenn wurde der eingesetzte Erbe adiectus genannt? 452. Von verbotenen und captatorischen Erbeseinsetzungen, 453. Die Erbeseinsetzung darf nicht dem freyen Willen eines dritten überlassen werden, 454. Was hat derjenige zu beobachten, dem die Entwerfung eines Testaments aufgetragen worden, wenn der Erblasser Bedingungen hinzufügen will? 456.

§. 6.

Von der nothwendigen Erbeseinsetzung und der Substitution der Erben, S. 456—546. Unter die nothwendigen Erben gehören erstlich die Kinder des Erblassers, und die Descendenten des weitern Grades, welche an die Stelle der nähern treten, 458. Unter die Notherben gehören zweytens die Ascendenten des Testators, 460. Auch die Geschwister werden alsdann für Notherben gehalten, wenn der Erblasser eine schändliche Person zu seinem Erben eingesetzt hat, ohne den Geschwistern den Pflichttheil zu hinterlassen, 461. Können auch Geschwister von der Mutter wegen in diesem Falle den Pflichttheil fordern? 462. Was für Personen wurden bey den Römern für schändliche Personen gehalten? 469. Wie mußte die Erbeseinsetzung der Notherben bey den Römern geschehen? 470. Alle unter der väterlichen Gewalt stehenden Kinder durften schlechterdings nicht übergangen werden, 473. Von der Erbeseinsetzung der Nachgebohrnen, 474. Von der Eintheilung der Nachgebohrnen in natürliche und bürgerliche, 479. Von Aquilianischen Postumis, 479. Die Formel des Aqui-

Inhalt.

Aquilius gieng eigentlich nur auf Enkel, wenn deren Vater vor dem Erblasser starb, 480. Nicht nur die Enkel sondern auch die Urenkel kounten vermittelst der Aquilischen Formel zu Erben eingesetzt werden, 481. Von den Velleinischen Postumis, 483. Vom ersten Kapitel des Velleischen Gesetzes, 484. Vom zweyten Capitel des Velleischen Gesetzes, 485. Von Salvianischen und Cornelianischen Postumis, 486. Wie mußte die Erbeseinsetzung der Nachgebohrnen bey den Römern geschehen? 488. Wie drückt man sich heutzutage in Rücksicht auf die Nachgebohrnen aus? 491. In wieferne können Notherben mit Beyfügung einer Bedingung im Pflichttheile zu Erben eingesetzt werden? 492. Wie wird die Größe des Pflichttheils berechnet? 494. Ob der Pflichttheil unter dem Titel des Erbrechts hinterlassen werden müsse? 496. Von der Socinischen Cautel, 499. Wird das mit Recht enterbte Kind bey Bestimmung der Größe des Pflichttheils mit gerechnet, oder nicht? 500. Wie mußte die Enterbung der Notherben bey den Römern geschehen? 503. Die Söhne mußten namentlich enterbt werden, 504. Wie muß die Enterbung heutzutage geschehen? 506. Die Enterbung muß in Rücksicht auf die ganze Erbschaft geschehen, 507. Von der Präterition der Notherben, 508. Von der Enterbung welche in guter Meynung geschieht, 510. Was ist die Substitution der Erben? 511. Eintheilungen der Substitution, 512. Von der gemeinen Substitution, 514. Von der wechselseitigen Substitution, 518. Von den Würkungen der gemeinen Substitution, 519. Von der pupillarischen Substitution, 523. Ob der Vater pupillarisch zu substituiren berechtigt sey, wenn der Sohn seine eigne Haushaltung angestellt hat?

Inhalt.

526. Wie muß die pupillarische Subſtitution geſchehen? 527. Von den Würkungen der pupillarischen Subſtitution, 531. Die ausdrücklich genannte Subſtitution begreift die nicht genannte unter ſich, 532. Die Mutter iſt nicht berechtigt den Pflichttheil zu fordern, wenn der Vater pupillariſch ſubſtituirt hat, 535. Das väterliche Teſtament iſt die Hauptſache bey der pupillariſchen Subſtitution, 536. Der Vater kann ſeinem Kinde ſolche Perſonen pupillariſch ſubſtituiren, die er ſich ſelbſt nicht zu Erben ernennen darf, 538. Von der quaſipupillariſchen Subſtitution, 540. Von den Würkungen der quaſipupillariſchen Subſtitution, 544. Von der fideicommiſſariſchen und militariſchen Subſtitution, 546.

§. 7.

Von Vermächtniſſen überhaupt, S. 548—604. Das Wort Vermächtniß wird im ſubjectiviſchen und objectiviſchen Verſtande gebraucht, 548. Wie ſind der Erbe und der Vermächtnißnehmer unterſchieden, 550. Was für Sachen können vermacht werden? 551. Vom Vermächtniß ſolcher Dinge, welche im Rechtsverſtande ein Ganzes ausmachen, 552. Der Juriſt Pomponius hielt es für eine Sache von übeln Folgen, wenn das weibliche Geſchlecht unter dem männlichen mit verſtanden wird, 553. Vom Vermächtniß eines Hauſes oder eines andern Grundſtücks, 554. Auch Handlungen können vermacht werden, 556. Wer iſt berechtigt einem andern etwas zu vermachen? 557. Wem kann etwas vermacht werden? 557. Nach dem römiſchen Rechte kann dem Herrn Chriſtus, den Engeln, Märtyrern, den Armen, und erlaubten Geſellſchaften etwas vermacht werden, 558. Schon die Römer ſetzten Vermächtniſſe zu Erziehungsanſtal-

Inhalt.

ten aus, 561. Was ist Rechtens, wenn einem Fähigen und Unfähigen ein Legat ausgesetzt worden? 561. Der Irrthum in dem Namen des Vermächtnißnehmers schadet nicht allemal, 562. Was ist Rechtens wenn mehrern Personen etwas zusammen vermacht worden? 564. Wer ist schuldig ein Vermächtniß abzutragen? 565. Wenn wird ein Vermächtniß ein nützliches Fideicommiß genannt? 568. Selbst der Fiscus muß die Vermächtnisse abtragen, 572. Was hat derjenige zu beobachten, der seinem Erben ein Vermächtniß auflegen will? 573. Nach dem alten römischen Rechte gab es viererley Arten der Vermächtnisse, 574. Von den eigentlichen Vermächtnissen unterschied man bis auf den Justinian die besondern Fideicommisse, 576. Auch heutzutage muß noch bisweilen ein Unterschied zwischen eigentlichen Legaten und besondern Fideicommissen gemacht werden, 577. Legate können auch unter einer Bedingung hinterlassen werden, 580. Kann die Freyheit zu Heyrathen durch ein bedingtes Vermächtniß eingeschränkt werden? 591. Von der Beyfügung der Zeit, welche bey Vermächtnissen geschehen kann, 593. Von der bey Vermächtnissen vorkommenden Beschreibung, 595. Von Vermächtnissen mit einer angeführten Ursache, 597. Von Vermächtnissen zu einer bestimmten Absicht. 599.

§. 8.

Besondere Arten der Vermächtnisse, S. 604—696.
Von Jahrvermächtnissen, 604. Vom vermachten Niesbrauch, 611. Vom Vermächtniß einer Realservitut, 616. Vom vermachten Brautschatze, 616. Vom zurück vermachten Brautschatze, 620.

Vom

Inhalt.

Von Vermächtnissen wobey eine Wahl geschehen muß, 623. Vom Vermächtniß des Weins, Oehls und anderer verzehrbarer Dinge, 634. Vom Vermächtniß eines Grundstücks mit dem Inventario, 637. Vom vermachten Peculio, 643. Von vermachten Lebensmitteln, 644. Vom Vermächtniß des Hausraths, 646. Vom Vermächtniß der Alimente, 648. Von den Rechtsbegünstigungen der Alimente, 652. Vom gerichtlichen Vergleich über Alimente, 654. Von Schul- und Universitätsstipendien, 663. Vom Vermächtniß des Goldes und Silbers, welches dem Erblasser gehörte, 672. Vom legato mundi, 673. Vom legato ornamentorum et unguentorum, 674. Von der vermachten Kleidung des Erblassers, 674. Vom legato debiti, 675. Vom legato liberationis, 679. Vom legato nominis, 685. Vom legato poenae, 688. Vom Vermächtniß einer fremden verpfändeten, oder streitigen Sache. 690.

Fortsetzung des vierten Kapitels.

Von Hypotheken.

§. 2.

Von den Sachen, welche mit einer Hypothek beschwert werden können.

Eine der wichtigsten Materien in der Lehre von den mit einer Hypothek verbundenen Rechten und Verbindlichkeiten, ist die Beantwortung der Frage, was für Sachen mit einer Hypothek beschwert werden können? Die Rechtslehrer [a]) nehmen hier den Satz an: alle Sachen, wodurch der Gläubiger Sicherheit wegen seiner Anforderung erhält, können ihm zur Hypothek verschrieben werden. In diese Classe gehören aber nur solche Sachen, welche veräußert werden können, das heißt: an denen ein Mensch ein Recht erwerben kann. Die römischen Juristen sagen auch so: jede Sache welche man kaufen und verkaufen kann, darf mit einer Hypothek beschwert

a) Herr D. und Professor Westphal vom Pfandrechte S. 161. HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 342. MADIHN Princ. Iur. Rom. P. III. S. 585.

schwert werden [b]). Es ist bereits mehreremale gesagt worden (Handb. 4 Th. S. 8), daß Sachen göttlichen Rechts und freye Menschen nicht verkauft werden können, folglich ist es auch nicht erlaubt sie zu verpfänden. Nur alsdenn, wenn Jemand bey den Römern einen seiner Mitbürger aus der Kriegesgefangenschaft losmachte, so erhielt er zur Sicherheit seines ausgelegten Geldes, ein Recht an der Person des Freygewordenen, welches einem Pfandrechte ähnlich war. Und so konnte auch derjenige, welcher mit der Zeit frey werden sollte (statu liber) bis dahin, daß er würklich frey wurde, der Gegenstand eines Pfandrechts seyn [c]). Begräbnisplätze und andere der Religion gewidmete Sachen konnten bey den Römern schlechterdings nicht zur Hypothek überlassen werden. Da bey uns gewisse Begräbnisplätze verkauft werden können, so ist wohl kein Zweifel, daß es erlaubt ist, sie zu verpfänden. Von den Aegyptern wird behauptet, daß sie die Mumien ihrer verstorbenen Verwandten zum Unterpfande einsetzen können; wenn sie aber der Schuldner nicht eingelößt, so sey er nicht nur ehrlos geworden, sondern man habe ihn auch nicht beerdigen dürfen [d]). Als die Hauptregel, wornach man die Frage beurtheilt, was für Sachen mit einer Hypothek beschwert werden können, nehmen die Rechtslehrer folgenden Satz an: Wer eine Sache mit einer Hypothek beschweren will, muß

b) L. 9. §. 1. D. de pignor. — Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.

c) L. 2. C. de postl. reuers. L. 13. §. 1. D. de pignor. — Statu liber quoque dari hypothecae poterit: licet, conditione existente euanescat pignus.

d) Der Herr Hofrath Claproth von Verträgen 2 Th. S. 633. KIRCHMANN de Funer. Roman. L. 1. c. 8.

muß Eigenthümer derselben seyn, und überdieses auch die Freyheit haben, die Sache nach seinem freyen Willen an andere Personen überlassen zu können. Sehr oft tritt der Fall ein, daß eine Sache Jemanden nicht ganz allein eigenthümlich gehört, sondern es haben auch noch andere Personen ein Miteigenthum (Handb. 4 Th. S. 136) an der Sache. Hier kann gleichwohl blos der Antheil an der gemeinschaftlichen Sache zur Hypothek überlassen werden. Wird aber die Sache nachher getheilt, und der hypothekarische Gläubiger ist nicht vor der Theilung befriedigt worden, so hat der andere Miteigenthümer die Unbequemlichkeit von dieser auf der gemeinschaftlichen Sache haftenden Hypothek, daß der Gläubiger seine mit der Hypothek verbundenen Rechte, immer noch, auch nach der Theilung, an beyden abgesonderten Antheilen, bis auf die Hälfte des Werths ausüben kann, weil das Pfandrecht sich auf die angenommene Intellectualhälfte, der zur Zeit der Bestellung der Hypothek noch ungetheilten Sache erstreckte [e]). So lange über das Eigenthum einer Sache von mehrern Personen gestritten wird, darf dieselbe von den im Proceß befangenen Personen nicht mit einer Hypothek beschwert werden, weil streitige Sachen schlechterdings nicht veräußert werden sollen; die Verpfändung aber für eine Veräußerung gehalten wird [f]). Sollte erst nach bereits geschehe-

e) L. 7. §. 4. D. quib. mod. pign. soluit. — Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiuiso dederit hypothecae, diuisione facta cum socio, non vtique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit, qui pignori dedit. Sed vtriusque pars pro indiuiso pro parte dimidia manebit obligata.

f) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 349.

ner Verpfändung über das Eigenthum der zur Hypothek verschriebenen Sache ein Streit entstanden seyn, so gilt zwar die vorher geschehene Verpfändung. Allein der Pfandgläubiger darf bey diesem Proceße über das Eigenthum der ihm verpfändeten Sache, sobald er etwas davon erfährt, nicht ruhig bleiben, sondern er muß dem Schuldner beystehen, damit ihm das Eigenthum zugesprochen werde. Denn wird dem Schuldner das Eigenthum der Sache abgesprochen, so geht zugleich die darauf gelegte Hypothek verlohren, sobald das Endurthel rechtskräftig ist. Sollte aber der Pfandgläubiger von dem Proceße ganz und gar nichts erfahren haben, so schadet ihm das rechtskräftig gewordne Urthel nichts, sondern er kann immer noch für sich allein den Proceß wegen des Eigenthums anstellen g). Wenn gleich derjenige, der eine Sache mit einer Hypothek beschweren will, das Eigenthum derselben haben muß, so wird dennoch nicht darauf gesehen, ob ihm ein volles oder getheiltes, ein beständiges oder zeitiges Eigenthum an der Sache zustehe, sondern es ist schon genug, wenn ihm nur eine Art von Eigenthum beygelegt werden muß h). So hat z. B. der Erbzinsmann blos ein nützliches Eigenthum an dem Erbzinsguthe, und demungeachtet ist er berechtigt sein Erbzinsguth zu verpfänden. Der Natur der Sache nach kann aber freylich die Verpfändung nicht länger gültig bleiben, als der Erbzinsmann das nützliche Eigenthum hat. Sollte daher das Erbzinsguth an den Erbzinsherrn z. B. deswegen zurück fallen, weil der Erbzinsmann sich desselben zur Strafe verlustig gemacht hat, so

wird

g) Herr Prof. Westphal vom Pfandrechte. S. 182.

h) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 347.

wird die von dem Erbzinsmann bestellte Hypothek zugleich ungültig, weil das Recht des Gläubigers nicht länger dauern kann, als der Schuldner es hat i). Damit nun der Gläubiger auch auf diese Fälle sicher seyn möge, so ist es der Klugheit gemäß, die Einwilligung des Erbzinsherrn in die Verpfändung des Erbzinsguths zu suchen. Doch auch alsdenn muß der Erbzinsherr die auf dem Erbzinsguthe liegende Hypothek gelten lassen, ob er gleich vorher nicht in die Ertheilung derselben gewilligt hat, wenn er das Guth an sich kauft. Hier tritt er in die Stelle eines jeden andern Käufers, und bekömmt folglich auch die gekaufte Sache mit den darauf liegenden Beschwerden, worunter auch die Hypotheken gehören k). Wem das Flächenrecht an einer Sache zusteht, (superficies) hat ebenfalls eine Art von Eigenthum (Handb. 4 Th. S. 146), und daher ist es ihm auch erlaubt, die von dem Flächenrechte herrührende Sache mit einer Hypothek zu beschweren. Sollte aber der Superficiarius den Grundzins schuldig geblieben seyn, so geht diese Schuld der Hypothek vor, weil Grundabgaben ein stärkeres Recht

 haben,

i) L. 31. D. de pignor. — Lex *vectigali* fundo dicta erat, vt si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat: postea is fundus a *possessore pignori datus* est: quaesitum est, an recte pignori datus est? Respondit, si pecunia interceſſit, pignus esse. Item quaesiit: si cum in exsolutione vectigalis tam debitor, quam creditor cessassent, et propterea pronuntiatum esset, fundum secundum legem domini esse, cuius potior causſa esset? Respondit, si (vt proponeretur) vectigali non soluto, iure suo dominus vsus esset, *etiam pignoris ius euanuisse.*

k) Westphal vom Pfandrechte. S. 198.

haben, als die Hypotheken l). Da die Verpfändung eines Lehns, in sehr vielen Stücken, nach den zeither vorgetragenen Grundsätzen, beurtheilt werden muß, so will ich auch davon etwas anführen. Wenn der Gläubiger den Vortheil haben will, daß die von seinem Schuldner auf das ihm gehörende Lehn bestellte Hypothek, auch alsdenn noch gültig ist, wenn das Lehn an den Lehnherrn zurück fällt, oder es veräußert werden soll, so muß der Lehnherr zur Verpfändung seine Bewilligung ertheilt haben. Sie wird aber niemals vermuthet, sondern muß als geschehen bewiesen werden; und sie folgt auch nach der Meynung berühmter Rechtslehrer nicht daraus, weil der Contract, worin die Hypothek bestellt worden ist, von dem Lehnherrn die würkliche gerichtliche Bestätigung erhalten hat, wiewohl man bey den Rechtslehrern über diese Meynung verschiedne Behauptungen antrift m). Selbst alsdenn, wenn der Lehnherr die Veräußerung des Lehns zugestanden hat, darf nicht behauptet werden, daß hiermit zugleich die Freyheit dasselbe zu verpfänden ertheilt worden; denn diese Dinge weichen in den Würkungen merklich von einander ab, sind also auch nicht als stillschweigend mit einander verbunden anzunehmen n). Sollte der Lehnherr sich einmal für allemal erklärt haben, daß auf ein gewisses Lehn von dem Lehnmanne Hypothe-

ken

l) L. 15. D. qui pot. in pign. — Etiam superficies in alieno solo posita, *pignori* dari potest. Ita tamen, vt prior causſa sit domini soli, si non soluatur ei solarium.

m) STRUV Syntag. Iur. feud. c. 13. §. 7. n. 4. CARPZOV Respons. IV. 29. STRYCK Caut. Contr. S. II. c. 4. §. 4.

n) EICHMANN D. de conf. dom. dir. in alien. feudi dato ad eius oppign. non trah. Ien. 1770.

ken bestellt werden können, so darf er seine Einwilligung nicht versagen, wenn der Lehnmann seinem Gläubiger die Hypothek wirklich versprochen hat. Da aber diese Art der Einwilligung nicht von einerley Beschaffenheit ist, sondern bisweilen zwar die Erlaubniß ertheilt zu werden pflegt, das ganze Lehn verpfänden zu können; zuweilen es aber nur erlaubt ist, eine bestimmte Summe auf das Lehn zu borgen, so muß der Gläubiger sich in dergleichen Fällen genau erkundigen, was es für eine Bewandnis, mit der in voraus gegebnen lehnsherrlichen Bewilligung zu Verpfändung des Lehns habe. Die Erlaubniß des Lehnherrn die von ihm zu Lehn gereichte Sache verpfänden zu dürfen, ist allemal der strengsten Auslegung unterworfen, daher seine Erklärung sehr deutlich und bestimmt abgefaßt und verstanden werden muß. Ist der Lehnherr auch Gerichtsherr, so wird seine Einwilligung in die Verpfändung zugleich in der gerichtlichen Bestätigung der Hypothek ertheilt; muß aber die gerichtliche Bestätigung vor einem andern Gericht gesucht werden, so wird von ihm entweder ein besonderer Vergünstigungsschein zur Verpfändung ausgefertigt, oder er unterschreibt blos die gerichtliche Bestätigungsurkunde der Hypothek o). Bey verschiedenen Lehncurien ist es hergebracht, oder durch Gesetze festgesetzt, daß der Lehnherr auf eine gewisse Summe, in die Verpfändung des Lehns einzuwilligen verbunden ist. Diese Gewohnheit darf aber nicht so verstanden werden, als sey es nun auch gar nicht einmal nöthig, bey würklich geschehener Verpfändung des Lehns, um die ausdrückliche Genehmigung nachzusuchen, sondern dieses muß schlechterdings

o) Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze. 1 Th. S. 579.

terdings geschehen. Da die Rechtslehrer p) über die Frage: ob es nöthig sey, die Lehnsherrliche Einwilligung zur Abtretung einer Lehnshypothek, welche vom Lehnherrn bestätigt worden, aufs neue zu erlangen, verschiedner Meynung sind, so ist es der Klugheit gemäß, daß derjenige dem die Hypothek an einem Lehnguthe abgetreten werden soll, auf die Lehnsherrliche Genehmigung der Cession dringt, und dabey verlangt, die Erklärung hinzuzufügen, daß die Sache als keine Erneuerung der Verbindlichkeit (nouatio) betrachtet werden, sondern der Cessionar in die nämlichen Rechte des ersten Gläubigers, auch in Ansehung der Zeit treten solle. Die vollständige Ausführung dessen, was bey der Verpfändung eines Lehns Rechtens ist, gehört nicht in das bürgerliche- sondern in das Lehen-Recht; daher will ich hier weiter nichts darüber sagen, sondern nur noch ein Formular, eines Bittschreibens, um den Lehnsherrlichen Consens, zur Bestellung einer Hypothek auf ein Lehn, einrücken. — Eure — geruhen sich gnädigst zu erinnern, wasmaßen ich nicht nur im Jahr 1780 das von Höchstdenenselben Lehnrührige, im Amte Z. gelegene Rittermannlehnguth N. für 30000 Thlr. gekauft, sondern auch den 12 Sept. 1781 die Hauptlehn daran bekennet erhalten habe. Da ich nun zu Wiederaufbauung der abgebrannten Wirthschafrsgebäude eines Darlehns von 2000 Thlrn. benöthigt bin, zu dieses Capitals Darleihung auch N. gegen unterpfandliche Verschreibung obigen Guthes sich willig finden lassen, und mir die angeführte Summe gegen Ausstellung der im Original beygelegten, von mir und meinen Mitbelehnten unterschriebenen Schuld- und Unterpfands-

p) Schrader de feud P. VII. c. 2. n. 26. Mevius P. VIII. D. 284. Carpzov Lib. V. Resp. 36. n. 5.

pfandsverschreibung bereits würklich ausgezahlt hat; als ergehet an Eure — mein unterthänigstes Gesuch:

Höchstdieselben wollen in Gnaden geruhen, die überreichte Obligation Landes- und Lehnherrlich zu confirmiren, in die verschriebene Hypothek huldreichst zu willigen, auch meinem Darleiher die gewöhnliche Consensurkunde ausstellen zu lassen.

Der Landes- und Lehnherrliche Consens pflegt folgendergestalt abgefaßt zu werden.

Von Gottes Gnaden u. s. f.

Thun hiermit kund gegen männiglich, daß uns der Veste (Handb. 2 Th. S. 179), Unser lieber Getreuer N. v. N. auf N. unterthänigst zu vernehmen gegeben, welchergestalt er zu Verbesserung seines Guthes, und insonderheit zu Wiederaufbauung der abgebrannten Wirthschaftsgebäude, ein Capital von 2000 Thlrn. gegen halbjährige Verzinsung mit vier vom hundert, erborget, und dabey zugleich gebeten, Wir möchten in die, dieses Darlehns wegen dem Gläubiger, in der bey Unserer Landesregierung allhier im Original überreichten Obligation, vom 1 August 1782 verschriebene Hypothek, Unsern Landes- und Lehnsherrlichen Consens zu ertheilen geruhen. Wann Wir denn dieses Ansuchen zu genehmigen Uns entschlossen; Als willigen Wir nicht nur in die Erborgung des beregten Capitals von 2000 Thlrn. hiermit, und in Kraft dieses, sondern bekennen auch dem Gläubiger N. das Ritterguth N. mit der Zubehör, so wie solches in der Schuldverschreibung unterpfändlich eingesetzt worden, dergestalt verpfändet zu seyn, daß sich derselbe mittelst Unsers Amtes Z. Hülfe, daran zu halten berechtiget, und ehe und bevor er am Hauptstamm, Zinsen und Unkosten, da deren rückständig oder verursacht worden, völlig befriedigt ist, davon abzustehen nicht schuldig, dieser Consens aber

nach 6 Jahren wieder erloschen seyn soll. Jedoch dieses alles Uns, Unsern Erben und Nachkommen an zustehender Landesfürstlicher Hoheit, Oberbothmäßigkeit, Lehen, Ritterdienst, Steuern und allen Gerechtigkeiten, auch männiglich an bessern Rechten, unschädlich und ohne Gefährde. Urkundlich —

Ich habe zeither den Satz erläutert; wer dem andern eine Hypothek an einer Sache geben will, muß Eigenthümer derselben seyn. Wenn man alle einzelnen Wahrheiten, welche dieser Satz umfaßt, übersehen will, so muß man die Sachen, welche ein Gegenstand des Eigenthums seyn können, genauer durchgehen. Wir haben im 4ten Theile dieses Handbuchs (S. 85) gesehen, daß die juristischen Sachen entweder bewegliche oder unbewegliche, verzehrbare oder unverzehrbare, körperliche oder unkörperliche, theilbare oder untheilbare sind, und daß alle diese Dinge Jemanden eigenthümlich zugehören können. Eine Folge des daran habenden Eigenthums ist nun auch diese, daß sie der Eigenthümer verpfänden darf q). In Ansehung der Verpfändung dieser verschiednen Arten von Sachen insbesondere ist folgendes zu bemerken. Erstlich die beweglichen anlangend, so kann der Eigenthümer seine beweglichen Sachen allerdings auch zur Hypothek verschreiben; z. B. seine Juwelen, sein Silber-Service, u. s. f. Da es aber zum Wesen einer Hypothek gehört, daß der Eigenthümer der zur Hypothek verschriebnen Sache den Besitz derselben behält, und folglich ein unredlicher Schuldner leicht etwas von diesen verpfändeten beweglichen Dingen veräußern könnte, ohne daß der Gläubiger etwas davon erfährt, so ist es wegen der schlechten Sicherheit bey dieser Unterpfands-

q) Hofacker Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 342.

pfandsverschreibung, nicht gewöhnlich, daß bewegliche Sachen zur Hypothek verschrieben werden r). Doch sind bewegliche Sachen alsdenn allerdings der Gegenstand einer Hypothek, wenn sie als ein Theil oder als Zubehör einer unbeweglichen Sache angesehen werden, oder im Rechtsverstande unbewegliche Dinge sind. Da also die unbeweglichen Sachen der Hauptgegenstand der Hypotheken sind, so muß über einige dazu gehörige Arten derselben etwas gesagt werden. Unter die unbeweglichen Sachen gehören, wie bekannt, die Gebäude. Wird nun ein Gebäude zur Hypothek verschrieben, so erstreckt sich dieselbe zugleich auch auf den Grund und Boden, worauf das Gebäude steht; so wie im entgegen gesetzten Falle, wenn eigentlich blos Grund und Boden zur Hypothek verschrieben worden, diese sich sodann auch auf das Gebäude erstreckt, welches darauf befindlich ist s). Bey Gebäuden hat der hypothekarische Gläubiger darum weniger Sicherheit, als bey Ländereyen, weil Gebäude leicht baufällig werden, oder im Feuer aufgehen können. Und wenn auch gleich Grund und Boden, worauf das Gebäude steht, ebenfalls mit der Hypothek beschwert wird, welcher Umstand macht, daß wenn mit der Zeit ein neues Gebäude auf diesem Platze errichtet wird, dieses sodann eben so gut, wie das alte Gebäude ein Gegenstand der verschriebenen Hypothek ist, so geht in diesem Falle dennoch derjenige, welcher das Geld zur Erbauung dieses neuen

r) Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze. 1 Th. S. 564. HELLFELD D. de hypotheca mobilium. Ien. 1743.

s) L. 21. D. de pign. act. — Domo pignori data, et area eius tenebitur, est enim pars eius. Et contra, ius soli sequetur aedificium.

neuen Gebäudes vorgeschossen hat, demjenigen hypothekarischen Gläubiger vor, welchem das vorige Gebäude zum Unterpfande verschrieben worden, weil sein Recht nicht so stark ist, als dessen, welcher Geld zur Wiederaufbauung gänzlich abgebrannter Gebäude, oder auch blos zu deren Ausbesserung gegeben hat, wie bey der Lehre von der Rangordnung der hypothekarischen Gläubiger gezeigt werden wird [t]). Ist die Hauptsache zur Hypothek verschrieben worden, so erstreckt sich dieselbe auch auf die Zubehör. Daher wird dasjenige, was der Hauptsache zuwächst, für zugleich mit verpfändet gehalten, wenn dieses auch nicht ausdrücklich versprochen seyn sollte. Wenn eine Sache, welche im Rechtsverstande ein Ganzes ausmacht, z. B. eine Heerde Vieh, eine Bibliothek, ein Waarenlager zur Hypothek verschrieben worden, so gehört auch das dazu, was an die Stelle der davon gekommenen Dinge wieder angeschaft worden. Diesen Grundsätzen gemäß, ist das junge aufgezogene Vieh ein Theil der Heerde, die neu angeschafte Waare ein Theil des Waarenlagers [u]). Unter die Zubehör einer Sache gehören auch die Früchte. Wenn also die Hauptsache mit einer Hypothek beschwert worden, so werden auch die Früchte ein Gegenstand derselben. Sollte aber ein anderer bereits zur Zeit der Bestellung der Hypothek ein Unterpfand an den Früchten haben, so geht dieses vor, und der spätere hypothekarische Gläubiger erlangt nicht eher ein Recht an den Früchten, als bis des älteren sein Recht

t) Herr Prof. Westphal vom Pfandrechte. S. 194.

u) Der Herr Hofrath Claproth in der Rechtswissenschaft von Verträgen. 2 Th. S. 632.

Recht aufgehört hat x). Die zeither angeführten Sachen, welche zur Hypothek verschrieben werden können, gehören unter die körperlichen Dinge. Aber auch unkörperliche Sachen können verpfändet werden. Ueber einige derselben will ich etwas anführen. Rechte, worunter auch Forderungen gehören, sind ebenfalls ein Gegenstand der Verpfändung. Verschreibt nun ein Schuldner seinem Gläubiger eine ihm zustehende Anforderung, oder eine sogenannte Activpost, so entstehen daraus fast eben solche Rechte und Verbindlichkeiten, welche bey einer Ceßion eintreten. Der hypothekarische Gläubiger ist deswegen berechtigt, auf den Fall, daß der Pfandgeber ihn nicht zu rechter Zeit befriedigt hat, die nämliche Klage wegen der zur Hypothek verschriebnen Forderung anzustellen, welche der Verpfänder selbst anstellen konnte, wenn er diese Forderung nicht zur Hypothek überlassen hätte. Geht die Forderung auf baares Geld, so macht er sich davon bezahlt; waren aber andere Sachen der Gegenstand der Forderung, so veräußert er sie, wie es bey Hypotheken Rechtens ist, oder behält sie so lange im Besitz, bis er wegen seiner Schuld befriedigt worden y). Wenn eine Forderung zur

x) Herr Prof. Westphal vom Pfandrechte S. 50 und 196. L. 3. C. in quib. causs pign. — Quamuis fructus pignori datorum praediorum, etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione inesse: praedia tamen quae emuntur ex fructuum pretio, ad eandem caussam venire, nulli prudentium placuit.

y) L. 18. D. pr. de pign. act. — Si conuenerit, vt *nomen debitoris mei pignori tibi sit*; tuenda est a praetore haec conuentio: vt et te in exigenda pecunia, et debitorem aduersus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo, si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis: si vero corporis alicuius, id, quod acceperis, erit tibi pignoris loco. FABER Coni. VIII. 15. 16. 17.

zur Hypothek verschrieben worden, so muß diese Verpfändung demjenigen, der die Forderung zu berichtigen hat, angezeigt werden, damit er seine Schuld nicht an den Verpfänder abträgt z). Nicht nur seine habenden Anforderungen kann man verpfänden, sondern es ist auch sogar erlaubt, eine Hypothek Jemanden anders zum Unterpfande zu überlassen a). Hier treten die nämlichen Grundsätze ein, welche bey der Verpfändung einer Forderung gültig sind. In Ansehung der Verpfändung der Servituten ist folgendes zu merken. Man muß 1) einen Unterschied unter den verschiednen Arten derselben machen, ob es nämlich Activ- oder Paßivservituten sind, und sodann 2) darauf Rücksicht nehmen, ob von Land- oder Stadtservituten, oder von persönlichen oder Realservituten die Rede ist. Was die persönlichen Servituten anbetrift, so können selbige, den bloßen nothdürftigen Gebrauch (vlus) ausgenommen, allerdings auch wider Willen des Eigenthümers, an einen andern zum Unterpfande überlassen werden b). Es ist oben (Handb. 4 Th. S. 541) gezeigt worden, daß zwar das Recht des Nießbrauchs nicht an andere überlassen werden könne, aber gar wohl die Ausübung desselben. Der Nutznieſſer kann daher auch sein

z) L. 4. C. quae res pign. L. 3. C. de nouat. CARPZOV P. II. Const. XXIII. Def. 7. Strubens rechtliche Bedenken 3 Th. S. 68.

a) L. 1. et 2. C. si pign. pignori. L. 13. §. 2. D. de pign. L. 3. D. de distr. pign. MERILL. Obs. VII. 35. Westphal vom Pfandrechte S. 204.

b) L. 11. §. 2. D. de pign. — Vsusfructus an possit pignori hypothecaeue dari, quaesitum est, siue dominus proprietatis conuenerit, siue ille, qui solum vsumfructum habet? Et scribit Papinianus libro vndecimo, tuendum creditorem.

sein Benutzungsrecht zur Hypothek verschreiben. Eben so ist es auch erlaubt, eine habende Landservitut nebst dem Grundstück dem sie zusteht, zu verpfänden, aber nicht ohne dasselbe, weil eine Servitut nicht von dem Grundstück getrennt werden darf. Ob aber der Eigenthümer eines Grundstücks, Jemanden eine Servitut an seiner Sache blos zum Unterpfande verschreiben könne, darüber stritten die römischen Juristen [c]). Nach dem strengen Rechte erklärten sie es für unerlaubt, aber nach der Billigkeit hielten sie es bey Landserviruten auf die Art für zulässig, daß der Eigenthümer eines Grundstücks eine Servitut dergestalt seinem Gläubiger einräumen könne, damit er dieselbe ausübe, so lange die Schuld noch unbezahlt war, und bey nicht erfolgter Zahlung sich durch Ueberlassung derselben an einen andern, zu seiner Befriedigung zu verhelfen im Stande sey. Stadtserviruten hat man bey den Römern allem Ansehen nach nicht zur Hypothek verschreiben können, obgleich die Ursache dieses Verboths nicht gewiß angegeben werden kann [d]). Durch die zeither vorgetragenen Grund-

c) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 343. GALVAN. de vsufr. c. 39. n. 10. MAIANS. Disp. I. 4. CUIAC. Obs. XV. 6. DUAREN. Disp. anniu. II. 13. CHAROND. Verif. I. 7. FABER Coniect. XIX. 6 IDEM de error. pragm. D. 63. C. 8. MERILL. Obs. VI. 4. VINN. Quaest. Iur. I. 32. Westphal vom Pfandr. S. 199.

d) L. 11. §. 3. D. de pignor. — Iura praediorum *vrbanorum* pignori dari *non* possunt. Igitur nec conuenire possunt, vt hypothecae sunt. L. 12. eod. Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conuentio locum habeat, videndum esse Pomponius ait: vt talis pactio fiat, vt quamdiu pecunia soluta non sit, eius seruitutibus creditor vtatur, scilicet, si vicinum fundum habeat:

Grundsätze wird jeder leicht in den Stand gesetzt werden, beurtheilen zu können, was für Sachen man mit einer Hypothek beschweren darf, und wenn dieses nicht erlaubt ist. Da die Rechtslehrer aber auch darüber noch besonders etwas anführen, welche Sachen entweder ganz und gar nicht, oder doch nur unter gewissen Umständen verpfändet werden dürfen, so will ich die Hauptwahrheiten davon vortragen. Unter die Sachen welche man nicht zur Hypothek verschreiben darf, gehören 1) solche Dinge, die einem andern gehören, oder sogenannte fremde Sachen. Dieses bringt die Natur der Sache mit sich, weil die Gesetze verordnen, daß nur der Eigenthümer einer Sache berechtigt seyn soll, solche mit einer Hypothek zu beschweren [e]). Ist gleichwohl eine Verpfändung fremder Güther geschehen, so müssen viele Fälle von einander unterschieden werden, wenn man die rechtlichen Folgen, welche aus dieser Verpfändung fremder Güther entstehen, genau übersehen will. Die erste Frage welche hier beantwortet werden muß, geht dahin, was die Verpfändung fremder Güther dem wahren Eigenthümer für eine Verbindlichkeit auflege? — Diese Handlung verbindet ihn wider seinen Willen ganz und gar nicht; denn die Gesetze setzen ausdrücklich fest, daß eine auf fremde Güther gelegte Hypothek völlig unverbindlich sey, und daß auch sogar der Fiscus auf dergleichen Sachen keine Ansprüche

habeat: et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quae sententia propter vtilitatem contrahentium admittenda est.

e) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 347. GMELIN Com. de iure pign. v. hypoth. quod creditori debitor in re non propr. constituit. Vlm. 1778. 8. Westphal rechtl. Abhandl. von Verpfändung fremder Güther, Halle 1779.

Ansprüche machen könne f). Selbst alsdenn ist es nicht erlaubt, fremde Güther zur Hypothek zu verschreiben, wenn man sie auch gleich rechtmäßiger Weise besitzen sollte, z. B. deswegen, weil man sie aus einem Pachtcontract besitzt, denn dieser giebt einem zwar das Recht die Sache zu benutzen, aber nicht zu verpfänden. Die Regel, daß fremde Sachen nicht verpfändet werden dürfen, hat sehr viele Ausnahmen. Es ist nämlich die Verpfändung fremder Güther erlaubt, wenn sie unter der Bedingung geschehen ist, daß man einmal Eigenthümer derselben werden sollte; ja man nimmt diese Bedingung alsdenn sogar als stillschweigend verabredet an, wenn man etwas verpfändet, was man mit Recht fordern kann, ob man es gleich noch nicht abgeliefert erhalten hat g). Auch alsdenn ist die Verpfändung fremder Güther zu Recht beständig, wenn sie mit ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung des Eigenthümers geschehen seyn sollte. Dieser Fall kann auf verschiedne Weise eintreten. Der Eigenthümer giebt ausdrücklich seine Einwilligung zur Verpfändung einer ihm gehörenden Sache, 1) wenn er gleich Anfangs damit zufrieden ist, 2) auch alsdenn, wenn er die bereits wider sein Wissen und

Willen

f) L. 4. C. de priuil. fisc. L. 6. C. si al. res. — Quae praedium in filios a se titulo donationis translatum, creditori suo dat pignori: se magis contrario pignoratitio obligat iudicio, *quam quicquam dominis* noceat: cum Seruiana etiam actio declaret euidenter, iure pignoris teneri non posse, nisi quae obligantis in bonis fuerint: et per alium *rem alienam inuito domino pignori obligari non posse, certissimum est.*

g) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 347. L. 16. §. 7. D. de pign. L. I. pr. D. de pign. L. 3. §. 1. D. qui pot. in pign.

Willen geschehene Verpfändung genehmigt. Im ersten Falle ist die Hypothek gleich Anfangs gültig, im zweyten aber von Zeit der geschehenen Genehmigung an [h]). Stillschweigend hat der Eigenthümer seine Einwilligung zur Verpfändung der ihm gehörenden Sache, die von einem Dritten geschehen ist, gegeben, wenn er es gewußt hat, daß die Verpfändung geschehen ist, und schweigt dazu stille, damit der Gläubiger Schaden leiden möge. Um dieser unredlichen Handlung willen, muß er sichs zur Strafe gefallen lassen, daß seine Sache dem andern zur Sicherheit dient [i]). Die Verpfändung fremder Güther wird 3) gültig, wenn derjenige, von welchem sie zur Hypothek verschrieben worden, nachher würklicher Eigenthümer derselben wird [k]). Da man aber das Eigenthum einer Sache auf verschiedne Weise erhalten kann, (Handb. 4 Th. S. 149) so ist auch hierauf Rücksicht zu nehmen. Man kann das Eigenthum entweder vermöge eines allgemeinen, oder besondern Rechtstitels (ex tit. vniu. et singul.) bekommen. In beyden Fällen wird die auf eine fremde Sache gelegte Hypothek gültig, wenn der Gläubiger nichts davon gewußt hat, daß ihm eine fremde Sache zur Hypothek verschrieben worden. Hierdurch darf jedoch den ältern hypothekarischen Gläubigern kein Nachtheil zugezogen werden, denn diese gehen allemal

h) L. 20. pr. D. de pign. act. — *Aliena* res pignori dari *voluntate* domini potest. Sed et si *ignorante* eo, data sit: et ratum habuerit: pignus valebit. L. 16. §. 1. D. de pign, MERILL. Obs. VII. 36.

i) HERTIUS de pignore conuent. tacito. L. 39. D. de pign. act. L. 26. §. 1. D. de pign. L. 2. C. si al. res pign.

k) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 347.

allemal vor [l]). Ganz andere Grundsätze treten aber alsdenn ein, wenn der Eigenthümer der von einem Fremden verpfändeten Sache, der Erbe desselben wird. Was das römische Recht über diesen Fall verordnet habe, darüber ist ein großer Streit unter den Auslegern, wegen zweyer Gesetze, die einander zu widersprechen scheinen [m]). Verschiedne berühmte Rechtslehrer sind der Meynung, wenn der Eigenthümer, ohne dessen Willen die Verpfändung geschehen ist, des Verpfänders Erbe geworden, so erhalte die vorher wider seinen Willen geschehene Verpfändung dadurch immer noch keine Gültigkeit, und hier könne man nicht die nämliche rechtliche Entscheidung annehmen, welche in dem vorigen Falle gilt, wo der Verpfänder selbst Erbe dessen geworden, dem die von ihm vorher wider seinen Willen verpfändete Sache, eigenthümlich zugehört habe, denn dieses

l) CUIAC. ad Afr. Tr. 8. DUAREN. Disp. anniu. II, 11. BACHOV de pign. II. 4. GMELIN Com. de iure pign. §. 53. Westphal vom Pfandrechte S. 172. Claproth von Verträgen 2 Th. S. 629.

m) L. 22. D. de pignor. — *Si Titio*, qui rem meam, *ignorante me* creditori suo pignori obligauerit, *heres exstitero*: ex post facto pignus directo quidem non conualescit: sed vtilis pignoratitia dabitur creditori. Andere Grundsätze scheint folgendes Gesetz zu enthalten; L. 41. D. de pignor. act. — Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse coepisti. Datur vtilis actio pignoratitia creditori. *Non est idem dicendum*, si ego Titio, qui rem meam obligauerat *sine mea voluntate, heres* exstitero. Hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori. Neque vtique sufficit ad competendam vtilem actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si conueniisset de pignore, vt ex mendacio suo arguatur, improbe resistit, quo minus vtilis actio moueatur.

wären ganz verschiedne Fälle. Der Gläubiger des Verstorbenen könne zwar von diesem Erben eine Hypothek fordern, es komme aber auf ihn an, ob er die von seinem Erblasser ertheilte bestätigen wolle, oder nicht. Habe er sie nicht bestätigt, so bleibe die Hypothek unkräftig, und sollte die zum Unterpfande verschriebne Sache an einen Dritten gekommen seyn, so könne gegen diesen nicht die hypothekarische Klage angestellt werden n). Gegen diese Behauptung scheinen nun die in der Note m) angeführten zwey Gesetze zu streiten, daher man bey den Rechtslehrern sehr von einander abweichende Erklärungen derselben findet o). Es giebt große Ausleger unter den ältern Juristen, welche behaupten, die beyden Gesetze enthielten einen offenbaren Widerspruch; denn der Jurist Paulus (Handb. 1 Th. S. 534) von dem L. 41. D. de pign. act. herrühre, trage eine Meynung vor, wovon der Jurist Modestinus (Handb. 1 Th. S. 535) im L. 22. D. de pign. das offenbare Gegentheil erklärt habe p). Diesen Widerspruch haben andere Rechtsausleger dadurch zu heben gesucht, daß sie angenommen, die strenge Meynung des Paulus, sey zu den Zeiten des Modestinus, welcher nach dem Paulus gelebt, nicht mehr gültig gewesen. Wieder andere sind der Meynung, Modestinus rede von dem Falle, wenn die Verpfändung geschehen sey, ohne daß der Eigenthümer etwas davon gewußt habe; Paulus hingegen müsse von dem Falle verstanden werden, daß die Verpfändung nicht blos wider sein Wissen, sondern auch zugleich wider seinen Willen

n) Herr Prof. Westphal vom Pfandrechte S. 175.
o) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th S. 348.
p) CUIAC. Obs. XIX. 26. HOTOM. Obs. V. 18. DUAREN. Disp. II. 4. FABER Coniect. XX. 17.

Willen vorgenommen worden q). Noch andere Rechtsausleger behaupten, die beyden Gesetze wären von den Compilatoren der Pandecten (Handb. 1 Th. S. 579) ganz falsch eingeschaltet worden, indem sie die Rubrik der Titel mit einander verwechselt hätten, unter welche jedes Gesetz eigentlich hingehöre (Handb. 1 Th. S. 579), denn L. 41. sollte eigentlich in dem Titel de pignor. et hypoth. stehen, und L. 22. hingegen mit dem Titel de pignor act. verbunden worden seyn r). Das erstere Gesetz rede von der aus den Hypotheken herrührenden Klage, hingegen das letztere von dem aus einem Faustpfande entspringenden Rechtsmittel, welches unter dem Namen, actio pignoratitia contraria bekannt ist. Weil der Eigenthümer der Erbe desjenigen geworden ist, der seine Sache vorher zur Hypothek verschrieben hat, deswegen könne nicht behauptet werden, daß damit zugleich die vorher ungültige Hypothek gültig worden, folglich sey es auch erlaubt, die hypothekarische Klage anzustellen. Die Hypothek gehe die zum Unterpfande verschriebene Sache an; der Umstand hingegen, daß der Eigenthümer dieser verpfändeten Sache Erbe des Verpfänders ist, könne in Ansehung der rechtmäßigen Ertheilung einer Hypothek keine Veränderung der Verbindlichkeiten hervorbringen. Der Gläubiger sey zwar allerdings berechtigt, seine hypothekarische Sicherheit von dem Erben zu fodern. Es stehe aber in dem freyen Willen des letztern, ob er die von seinem Erblasser bestellte Hypothek bestätigen, oder

q) FABER Semestr. II. 18. VULTEIUS Disc. schol. c. 17. IDSINGA Var. iur. ciu. c. 17. SAMMET Quaest. Forens. C. 3.

r) BALDUIN de pign. c. 12. DONELL de pign. c. 7. Westphal vom Pfandrechte S. 176.

eine neue ertheilen wolle. Die bloße Antretung der Erbschaft sey aber an und für sich allein für keines von beyden zu halten. So viel zur Erläuterung des Satzes: fremde Sachen können der Regel nach nicht zur Hypothek überlassen werden. Es giebt aber noch eine Menge andere Sachen, woran man entweder ganz und gar nicht, oder doch nur unter gewissen Umständen, eine Hypothek erlangen kann [s]). Wer eine Hypothek bestellen will, muß nicht nur Eigenthümer der Sache seyn, die er zu verpfänden willens ist, sondern überdieses auch das Recht haben, mit seinem Eigenthum nach seinem freyen Willen schalten und walten zu können. Diese Freyheit ist aber sehr vielen Personen genommen, ob gleich nicht geleugnet werden kann, daß sie Eigenthümer derjenigen Sache sind, von deren gültigen oder ungültigen Verpfändung die Rede ist. Diesen Rechtssätzen gemäß dürfen weder die Güther der Minderjährigen, noch der Brautschatz einer Frau, ohne die dazu erforderlichen Feyerlichkeiten zu beobachten, zur Hypothek verschrieben werden. Hiervon ist bereits im 3 Th. S. 235 das nöthigste gesagt worden. Bey den Römern war es ferner nicht erlaubt, dasjenige, was in den öffentlichen Spielen, wobey es auf eine besondere Geschicklichkeit des Körpers ankam, zur Belohnung ausgesetzt wurde, zur Hypothek zu überlassen [t]). Diese Belohnungen bestanden z. B. in gewissen jährlichen Einkünften an Geld und Naturalien. Nach dem

s) Hofacker Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 349.

t) L. 5. C. quae res pign. — Spem eorum praemiorum, quae pro coronis athletis penſitanda ſunt, priuata pactione pignorari minime admittendum eſt: et ideo nec, ſi generale pactum de omnibus bonis pignori obligandis interuenerit, tenet.

dem römischen Rechte war es auch nicht erlaubt, die zum Ackerbau nöthigen Geräthschaften zu verpfänden; es wird aber bey uns in den Gerichten auf diese Verordnung wenig Rücksicht genommen u). Ohne ausdrückliche und besondere Erwähnung wird unter der Verpfändung aller gegenwärtigen und zukünftigen Güther dasjenige nie mit verstanden, welches aller Wahrscheinlichkeit nicht mit verpfändet werden sollen, z. B. die nöthigsten Kleider, Hausgeräthe, und alles was man zum täglichen Gebrauche nöthig hat. Der römische Sclave oder Sohn durfte das von seinem Herrn oder Vater erhaltene Peculium nicht zur Hypothek erlassen, wenn es der Herr oder Vater nicht besonders erlaubte. Daß freye Menschen, und Sachen göttlichen Rechts nicht verpfändet werden können, ist bereits oben gesagt worden. Es befanden sich in Rom und an andern Orten viele Ehrensäulen, und andere Monumente, die zu Ehren einer gewissen Person aufgestellt worden waren; diese durften ebenfalls nicht zum Unterpfande verschrieben werden. Künftige Güther können nicht anders einen Gegenstand der Verpfändung abgeben, als wenn man schon zum voraus ein gegründetes Recht daran hat, denn jetzt werden sie dem gegenwärtigen Vermögen gleich gehalten x). Gehören sie aber bereits zu dem Eigenthum eines andern, so gilt von der Verpfändung künftiger Güther eben das, was ich von der Hypothek an einer fremden Sache gesagt habe (S. 16). Wenn die Verpfändung unter der Bedingung geschehen ist, daß man die Sache

u) STRYCK Vſus mod. h. t. §. 5. LAUTERBACH Coll. theor. pand. h. t. §. 5. 6. L. 7. L. 8. et Auth. Agricultores C. quae res pign. FRICK de aratr. ſanctitate.

x) Herr Prof. Weſtphal vom Pfandrechte S. 192.

künftig einmal bekommen sollte; so gilt das Versprechen, sonst aber nicht. Daß ein Soldat seine Waffen nicht mit einer Hypothek beschweren dürfe, ist eine bekannte Sache y). Nach einigen teutschen Landesgesetzen, sind Bücher und Kleidungsstücke der Studenten keiner Verpfändung fähig.

§. 3.

Von den Personen, welche bey Bestellung einer Hypothek vorkommen.

Nachdem im vorigen Paragraphen von den Sachen, welche zum Unterpfande verschrieben werden können, und wo dieses nicht erlaubt ist, das wichtigste gesagt worden, so müssen nunmehro die damit in genauer Verbindung stehenden Rechtswahrheiten, von den verschiednen Personen, welche bey der Bestellung einer Hypothek vorkommen, vorgetragen werden. Zuerst von der Person desjenigen, der nach Vorschrift der Gesetze das Recht hat, dem andern eine Hypothek zu ertheilen, oder von dem Verpfänder. Aus dem, was im vorigen Paragraphen gesagt worden, folgt ganz offenbar, daß nur derjenige das Recht hat, eine Hypothek auf eine Sache zu legen, dem das Eigenthum an derselben zusteht, und der überdieses nach seinem Willen damit schalten und walten kann z). Diesen Grundsätzen gemäß darf der Vasall für sich allein keine Hypotheken auf das Lehn ertheilen, sondern er muß die Einwilligung des Lehnherrn und der Mitbelehnten dazu erhalten haben. Von der Einwilligung des Lehnherrn ist bereits S. 6 etwas gesagt worden; und daher will ich auch noch darüber, was in Rücksicht

y) MADIHN Princ. Iur. Rom. P. III. S. 585.

z) Claproths Rechtswissenschaft von Verträgen. 2 Th. S. 627.

sicht auf die Mitbelehnten, bey Verpfändung eines Lehns geschehen muß, etwas anführen. Wenn der Lehnherr in die Verpfändung des Lehns gewilligt hat, so wird zwar er, der Vasall, dessen Kinder und Nachkommen dadurch verpflichtet, mit dem Lehn für die Sicherheit der Schuld zu haften; aber andern Personen, die auf den Besitz des Lehns, nach dem Absterben der lehnsfähigen Nachkommen desjenigen Vasallen, von dem die Verpfändung geschehen ist, ein gegründetes Recht haben, kann dadurch kein Nachtheil zugezogen werden, und folglich sind sie nicht verbunden, die Schuld zu bezahlen. Sollen sie dazu verpflichtet werden, so müssen sie entweder ein für allemal erklärt haben, in die Verpfändung des Lehns willigen zu wollen, oder sie haben das Recht, bey jedem besondern Falle den Entschluß zu fassen, ob die Verpfändung geschehen soll, oder nicht. Hier und da, z. B. in Sachsen, gründet sich die Schuldigkeit der Mitbelehnten in die Verpfändung des Lehns zu willigen, auf geschlossene Verträge, zwischen dem Besitzer des Lehns und den Mitbelehnten die unter dem Namen Lehnsreverse bekannt sind. In diesen Verträgen ist entweder festgesetzt, daß die Mitbelehnten, sobald es der Besitzer des Lehns von ihnen verlangt, bis auf eine bestimmte Summe, zur Verpfändung des Lehns ihre Einwilligung zu geben schuldig seyn sollen, oder man ist übereingekommen, daß es erlaubt seyn soll, die festgesetzte Summe auf das Lehn borgen zu können, ohne erst vorher bey den Mitbelehnten um die Einwilligung dazu, ansuchen zu dürfen. Ein solcher Vertrag macht, daß es keiner besondern Nachsuchung um den Consens der Mitbelehnten bedarf, wenn der Vasall Geld borgen will. Im ersten Falle hingegen muß er jedesmal um die Bewilli-

willigung nachsuchen. Man pflegt diesen Umstand in den Lehnsreversen mit folgenden Worten zu bestimmen: daß die Mitbelehnten in jedem einzelnen Falle zur Ertheilung ihrer Einwilligung in die vorhandene Verpfändung verpflichtet seyn, und solche auf jedesmaliges Verlangen ertheilen wollen. Da aber diese Art, wie man die Agnaten, zur Einwilligung in die Verpfändung des Lehns verbindlich macht, sehr oft Weitläuftigkeiten verursacht, so ist es weit besser, man druckt die Sache folgendergestalt aus: daß es in jedem einzelnen Falle der Einwilligung nicht bedürffe, vielmehr selbige auf alle festgesetzte Fälle zum voraus hiermit ertheilt seyn soll. Ein Formular eines diesen Punkt enthaltenden Lehnsvertrages ist folgendes:

Zu wissen: Nachdem der dermalige Besitzer des Ritterguths N. der Königl. — Herr N. v. N. seine beyden Vettern Hrn. N. und Hr. N. Gebrüder von N. zu Mitbelehnten an dem von ihm erkauften Rittergute N. erwählt; Als ist unter dem Hauptbelehnten und den Mitbelehnten in Ansehung der gegenseitigen Verbindlichkeiten und Rechte, folgendes unter der ausdrücklichen Erklärung, daß man dadurch den höchsten Befugnissen des Domini directi, etwas zum Nachtheil zu unternehmen, sich nicht ermächtigen wollen und können, in Gestalt eines zu Recht beständigen Vertrages verabredet und geschlossen worden.

I.

Da die benannten Mitbelehnten aus bloßer freyer Wahl, und ohne einige Schuldigkeit in die Mitbelehnschaft des Ritterguths N. aufgenommen worden,

so

so erkennen selbige solches, nehmen dieses Versprechen an, und machen sich zugleich verbindlich, sich mit dem ausgesetzten Lehnsquanto von vier tausend Thalern, und also ein jeder mit zwey tausend Thalern zu begnügen, und an dem übrigen Werth des Ritterguths N. niemals einigen Anspruch zu machen, daher dem gegenwärtigen Besitzer und dessen Nachfolgern, völlige Freyheit zugestanden wird, unter den Lebenden und auf den Todesfall, über sothanes Guth zu schalten und zu walten, solches zu verpfänden, zu vertauschen, zu verkaufen, inmaßen die Mitbelehnten zu allen diesen Handlungen ihre Einwilligung hiermit zum voraus ertheilet, auch in jedem Veränderungsfalle, es ereigne sich solcher durch Tausch, Kauf, Ueberlassung, Schenkung, oder wie er nur immer wolle, ihren Consens dazu, jedoch wie sich von selbst versteht, anderer Gestalt nicht, als gegen Empfang der verabredeten vier tausend Thaler, zu geben, und die Lehn aufzulassen, sich hiermit verbindlich erklären.

2.

Versprechen beyde Mitbelehnten für sich und ihre Nachkommen, nicht nur jetzt, der Lehn gebührende Folge zu leisten, sondern auch in allen künftigen Fällen, da die Lehnrechte und Gewohnheiten die Lehnsbefolgung und Erneuerung erfordern, solches nie zu verabsäumen, vielmehr auf den Unterlassungsfall für allen, dem jetzigen oder dereinstigen Besitzern daraus erwachsenden Nachtheil zu haften. Es verspricht aber auch hinwiederum der Hauptbelehnte für sich und seine Nachkommen, die zu den Lehnserneuerungen jedesmal erforderlichen Unkosten an Extra-

trajudicialien, Indult- und Lehnsgebühren, hergebrachten Douceurgeldern, und wie die Unkosten heissen mögen, in allen Fällen, und ohne einige Ausnahme zu bezahlen und zu tragen, auch daferne die Mitbelehnten oder deren Nachkommen dereinst von hier abwesend seyn sollten, die zur Reise erforderlichen Kosten nach Standesgebühr, ohnweigerlich und ohne alle Einwendungen zu erstatten [a]).

3.

So wie nun vorhin gedachtermaßen in jedem Veräußerungsfall, es geschehe solcher auf welche Art er wolle, den Mitbelehnten das Recht erwächst, die bedungene Summe zu verlangen, und selbige, vor Auszahlung derselben, weder zur Ertheilung ihrer Einwilligung, noch zu Aufgebung ihres mitbelehnschaftlichen Rechts, verbunden sind; Also ist hingegen auf den unverhoften Fall, daß der jetzige Besitzer, oder in künftigen Zeiten seine Nachkommen, ohne lehnsfähige Erben mit Tode abgehen, und also das Lehn, nach Vorschrift der Lehenrechte, auf die Mitbelehnten fallen sollte, folgendes vertragsweise bestimmt und versprochen worden, daß in diesem Falle die Mitbelehnten sofort den Besitz des Guths ergreifen, und die Hauptlehn davon suchen, dagegen aber auch binnen einem Vierteljahre den Intestat- oder Testamentserben des letztern Besitzers des Guths, oder wen diese an ihrer Statt zum Käufer erwählen, gegen Empfang des versprochnen Lehnsquantums,

a) Streitigkeiten über den gehabten Aufwand zu vermeiden, wird dieser Punct z. B. auch auf folgende Art bestimmt: für jeden Erneuerungsfall 150 Thlr. für jeden Stamm, es bestehe nun derselbe aus so viel Köpfen als er wolle, zu erstatten.

quantums, durch einen förmlichen Kaufcontract unter Voraussetzung höchster Landes- und Lehenherrlicher Genehmigung, um den, bey gegenwärtigem Kauf festgesetzten Kaufpreis zu 20000 Thlr. überlassen, jedoch als Bezahlung dieser Summe weiter nichts als die ausbedungenen 4000 Thlr. zu verlangen, vielmehr den übrigen Werth, nach Abzug sothaner Summe, den Landerben gänzlich zu überlassen, und dieselben zugleich im Kaufbriefe darauf anzuweisen, oder darüber zu quittiren. Gleichwie aber die Erben des letztern Hauptbelehnten hierbey alle Unkosten der Lehnserneuerung, Uebergabe, mit einem Wort, allen bey dieser Veränderung nöthigen Aufwand, ohne Ausnahme, ganz allein zu übernehmen schuldig; Also sind selbige auch verbunden, die höchste Landes- und Lehnsherrliche Genehmigung des geschlossenen Kaufs auf ihre alleinige Gefahr und Kosten auszuwürken, auch im Fall solche nicht ertheilt werden sollte, den Mitbelehnten, welche alsdenn wider ihren Willen an der Hauptlehn zu bleiben gehalten sind, für allen daraus erwachsenden Schaden zu haften [b]). Nachdem nun allerseits Contrahenten mit vorstehendem Receß in allen seinen Puncten vollkommen einverstanden und zufrieden gewesen, und sich zu deren Festhaltung gegen einander verbindlich gemacht und anerkläret, auch allen dagegen zustehenden Rechtsbehelffen entsaget, als ist selbiger allerseits unterschrieben und untersiegelt worden, und soll nunmehro zur höchsten Lehnherrlichen Confirmation eingereicht werden. So geschehen u. s. w.

Wenn

b) Bisweilen wird diese Stelle folgendermaßen abgefaßt: den Mitbelehnten sodann das Guth für 16000 Thlr., welche sie solchenfalls ohne allen Abzug heraus zu zahlen haben, zu überlassen.

Wenn die Summe in dem Lehnsreverse bestimmt ist, wie hoch der Besitzer das Lehn zur Hypothek zu verschreiben berechtigt seyn soll, ohne daß die Mitbelehnten erst befragt werden dürfen, so pflegt die davon handelnde Stelle ohngefähr folgendermaßen abgefaßt zu werden.

Nachdem u. s. f. Als hat man sich dabey folgender Puncte wegen vereinigt

I.

Gestehen wir, die Mitbelehnten, dem Besitzer und dessen Nachfolgern das Recht zu, das Lehn bis auf 16000 Thlr. hoch zu verpfänden, ohne daß es im vorkommenden Falle unserer besondern Einwilligung bedarf. Eben so ist ihm und seinen Nachfolgern erlaubt, bis auf diese Summe das Guth mit Vermächtnissen, Servituten, u. s. f. zu beschweren, immaßen auf den ledigen Anfall wir überhaupt die ausbedungene Summe der 16000 Thlr. den Landerben des letzten Besitzers, in so weit selbige nicht durch vorher bestimmtermaßen bereits geschehene Dispositionen erschöpft worden, binnen Jahresfrist mit den Zinsen fünf vom hundert, vom Todestage des letztern Besitzers an gerechnet, unweigerlich auszuzahlen, uns hierdurch verbindlich erklären. — —

Nicht nur der Vasall, darf für sich allein, auf das im Besitz habende Lehn keine Hypothek ertheilen, sondern auch der Erbzinsmann, der Meyer und verschiedene andere die kein volles Eigenthum haben, müssen gemeiniglich die Einwilligung desjenigen, dem das Obereigenthum zusteht, dazu haben; bey Erbgüthern aber wird der Consens der Erben erfordert c).

Eben

c) Der Herr Hofrath Claproth von Verträgen. 2 Th. S. 627.

Eben so dürfen auch sogenannte moralische Personen, als Gemeinen, Universitäten, Stadträthe, milde Stiftungen, nicht anders als mit Beobachtung gewisser Feyerlichkeiten eine Hypothek ertheilen. Bey milden Stiftungen wird mehrentheils erfordert, daß das Consistorium, oder der Bischof unter den Catholiken, nach angestellter Untersuchung, ein Erlaubnis- oder Bestätigungsdecret ertheile, und die Verwalter der milden Stiftung zur Ertheilung der Hypothek bevollmächtige. Was in Ansehung der von einer Gemeine, oder einem Stadtrath ertheilten Hypothek Rechtens ist, soll bey der Materie vom Darlehnscontracte vorgetragen werden, wo die Sache eigentlich hingehört, da das Anlehn die Hauptverbindlichkeit ist, die Hypothek aber die Nebenverbindlichkeit. Personen die unter der Vormundschaft stehen, können ebenfalls für sich allein keine Hypothek ertheilen, sondern dazu wird die Mitwürkung des Vormundes und die Erlaubniß der Obrigkeit erfordert [d]). Wie es mit der von einem Frauenzimmer ertheilten Hypothek gehalten werden muß, kann am besten bey der Lehre von der Fähigkeit derselben ein Anlehn aufzunehmen, auseinander gesetzt werden. In eines andern Namen kann ein Bevollmächtigter nur alsdenn eine Hypothek geben, wenn er dazu eine besondere Vollmacht hat, oder wenn er dazu bestellt ist, alle Güther des andern völlig frey zu verwalten [e]). Für eine stillschweigende Verpfändung

d) Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze 1 Th. S. 589.

e) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 350. L. 11. §. fin. L. 12. L. 18. §. fin. L. 19. D. de pign. act. L. 60. §. fin. D. Mand. L. 1. et vlt. C. si al. res pign.

pfändung wird es in den Gesetzen f) erklärt, wenn jemand eine Schuldverschreibung über eine mit der Hypothek versicherte Post, worin seine eigne Sache zur Hypothek überlassen worden, Namens des Schuldners selbst geschrieben hat. Daß er diese Obligation auch unterschrieben habe, ist nicht nöthig. Schon jene Handlung giebt seine Einwilligung hinlänglich zu erkennen. Diese Grundsätze werden hinlänglich seyn, um dadurch in den Stand gesetzt zu werden, in einzelnen Fällen bestimmen zu können, ob eine Person im Stande gewesen, eine Hypothek zu ertheilen oder nicht. Was die Frage anbetrift, wer nach Vorschrift unserer bürgerlichen Gesetze eine Hypothek an sich bringen könne, so wird hierüber von den Rechtslehrern folgende Regel angenommen g): wer sich andere verbindlich machen kann, der ist der Regel nach auch berechtigt zur Sicherheit seiner Anforderung, sich eine Hypothek versprechen zu lassen. Hier und da dürfen in Teutschland die Juden keine Hypotheken an sich bringen, und dieses Verboth dehnt man auch wohl auf jährliche Einkünfte aus, welche den unbeweglichen Sachen gleich gehalten werden. An andern Orten erlaubt man zwar den Juden, sich eine Hypothek versprechen lassen zu können, wenn aber der Schuldner nicht bezahlt, so kann der Jude die ihm zur Hypothek verschriebene Sache nicht an sich kaufen, sondern ein Christ muß selbige kaufen h). Da man die Hypotheken deswegen

f) L. 26. §. 1. D. de pignor.

g) Claproths Rechtswissenschaft von Verträgen. 2 Th. S. 626. HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 345.

h) Der Herr geheime Rath von Selchow in den Elem. Iur. Germ. §. 214. S. 111. der neust. Ausg. von 1787.

wegen eingeführt hat, daß derjenige, welcher von einem andern etwas zu fordern berechtigt ist, dadurch hinlängliche Sicherheit haben möge, seine Befriedigung zu erhalten, so kömmt alles darauf an, in jedem besondern Falle zuverläßig zu bestimmen, ob der Gläubiger durch die habende Hypothek, schlechterdings vollkommen gegen allen Verlust gedeckt ist. Dieses wird er aber alsdenn seyn, wenn der Werth der Hypothek sich so hoch beläuft, daß der Gläubiger auf alle Fälle dadurch zu dem Seinigen gelangen muß. Damit aber dieses geschehen möge, so hat der Gläubiger von seiner Seite genaue Aufmerksamkeit dar auf zu richten, ob die ihm zur Hypothek angebotene, oder bereits überlassene Sache, einen so hohen Werth hat, und überhaupt so beschaffen ist, daß er keinen Verlust befürchten darf. Um nun diesen Endzweck zu erreichen, muß bey Erwerbung einer Hypothek, auf die Beschaffenheit der Sache, in Rücksicht auf ihren fortdauernden Werth, die schärfste Aufmerksamkeit gerichtet, und alles sorgfältig geprüft werden. So hat z. B. derjenige, dem ein Haus zur Hypothek verschrieben werden soll, genau zu prüfen, ob das Haus auch für jetzt und in Zukunft einen solchen Werth habe, daß die Anforderung dadurch schlechterdings gedeckt ist. Den wahren Werth eines Hauses kann man auf folgende Weise herausbringen. Man läßt sich den Kaufbrief vorlegen, und wenn es vielleicht nach dem Kauf baufällig geworden, läßt man es taxiren. Ueberdieses ist nöthig, um gewiß zu werden, ob bereits viel oder wenig Hypotheken darauf liegen, daß man die Consensbücher nachschlagen, und sich ein gerichtlich Zeugniß geben läßt, welchen Werth das Haus habe, was für Abgaben und Einkünfte darauf liegen, wie groß die Summe sey, zu deren Sicherheit auf

dem Hause bereits gerichtlich bestätigte und auch stillschweigende Hypotheken liegen, was für Ansprüche gegen den Schuldner bereits im Gerichte angebracht sind. Wenn ein Ritterguth zur Hypothek verschrieben werden soll, so wird das gerichtliche Zeugnis über den Werth desselben folgendergestalt abgefaßt.

Es hat bey hiesiger hochgräflichen Canzley Herr von N. Besitzer des von hiesiger hochgräflichen Herrschaft als Mannlehn verliehenen Ritterguths N. in Schriften vorgestellt, daß er Vorhabens sey, gegen unterpfändliche Verschreibung beregten Rittergutes und Zubehör, ein Capital von zweytausend Thalern, um damit eine gleiche Summe an die Erben des vorigen Besitzers annoch schuldiger Kaufgelder abzutragen, und daher, damit er dieses Geld um so sicherer zu negociiren im Stande sey, um ein glaubhaftes Attestat über folgende Umstände gebeten:

1) Daß er beregtes Ritterguth und Zubehör, welches in der Lehnstaxe mit 20000 Thalern angesetzt zu befinden, im Jahr 1775 für 24000 Thlr. erkauft, und laut gerichtlichen Bekenntnisses, die Hälfte davon mit 12000 Thlr. baar bezahlt.

2) Daß außer den noch darauf schuldigen 12000 Thlr. Kaufgeldern, keine consentirte Posten auf sothanem Guthe haften.

Nachdem nun bey Aufschlagung der Consens- und Lehnsacten sich gefunden, daß dieses Anführen allenthalben in der Wahrheit beruhet, und daher, daferne dessen Eheconsortin auf gesetzmäßige Art, dem etwa ihr ihres Einbringens halber begehrendem Vorzugsrechte entsagt, auch daß das aufzunehmende Capital, zu der angegebenen Tilgung einer gleichen Summe der Kaufgelderrückstände angewendet worden, zuvor mittelst Vorlegung gerichtlicher ag- und recognoscirter Quittungen, sowohl auch die Einwilli-

gung

gung der vorhandenen zwey Mitbelehnten N. und N. gebührend beygebracht wird, den gebetenen Consens zu ertheilen, kein Bedenken obwaltet; Als hat man die Richtigkeit des geschehenen Anführens zu bezeugen, sowohl auch die Ausstellung des Consenses unter den gedachten Voraussetzungen zum voraus zuzusichern, kein Bedenken gefunden, und dieses Certificat darüber ausstellen wollen. So geschehen — —

Ein ähnliches Certificat, als ein Auszug aus dem Hypothekenbuch pflegt folgendergestalt abgefaßt zu werden.

Demnach der Bürger und Obermeister eines ehrsamen Schneiderhandwerks N. bey uns geziemend nachgesucht, ihm einen Auszug aus dem hiesigen Stadthypothekenbuche über seine Besitzungen an Immobilien, und die darauf haftende hypothekarische Schulden zu ertheilen; Als wird andurch nach Blatt 140 sothanen Hypothekenbuchs bezeugt, daß er

A) folgende Grundstücke besitze: als ein Haus, u. s. f. welche zusammen an Werth 500 Thlr. betragen, und darauf

B) weiter keine gerichtlich versicherte Schulden haften, als 1) 100 Thlr. laut Obligation vom 10 März 1760 und Consens von ebendemselben Tage an N. in Conventionsgelde, halbjährige Zinsenbezahlung und Aufkündigung u. s. f. hiernächst aber 2) sich folgende stillschweigende Hypotheken angemerkt befinden, als u. s. f. Urkundlich N. — —

Der Herr Hofrath **Claproth** hat in seiner Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen S. 137 folgendes Formular eines Auszugs aus dem Hypothekenbuche abdrucken lassen.

Demnach der hiesige Bürger und Grobschmidt N. bey uns geziemend nachgesucht, ihm einen Auszug aus dem Stadt- Pfand- (Handlungs-) Buche

zu ertheilen, was für Schulden auf seinem Vermögen haften, sothanem Suchen auch Statt gegeben worden; Als wird hiermit nach Maaßgabe des Hypothekenbuchs glaubhaft bezeuget: daß außer folgenden Hypothekschulden auf des ermeldeten N. Vermögen keine andere eingetragen sind.

1) Laut Verschreibung vom 9ten Jul. 1745 und Tage der Confirmation den 11 d. M. an J. J. Brecken 500 Thlr. in Sächs. Brand. und Lüneb. $\frac{2}{3}$ Stücken, wofür dessen Vermögen überhaupt, insbesondere aber dessen Wohn- und Brauhaus auf der Wehnderstraße, zwischen N. und N. Häusern belegen, zur Hypothek verschrieben ist.

2) Laut Verschreibung vom 14 April 1754 und Tage der Confirmation den 18 May, an L. Manchmeyer ein Capital von 100 Rthlr. Pistolen, wofür ebenfalls des Schuldners sämtliches Vermögen überhaupt, besonders aber dessen Wohn und Kothhaus auf der Gröhnderstrasse, zwischen N. und N. Häusern belegen, zur Hypothek gesetzt ist.

Urkundlich des hierunter gelegten größern Stadtinsiegels, und der gewöhnlichen Unterschrift. Untersiegelt N. den 16 May 1760.

Der Eigenthümer derjenigen Grundstücke, welche zur Hypothek verschrieben werden sollen, kann den Auszug aus dem Hypothekenbuche allemal verlangen. Dieses ist er hauptsächlich alsdenn zu thun berechtigt, wenn er Geld auf Hypothek borgen will. Eine dritte Person hingegen, kann nicht eher darum ansuchen, als bis sie eine gegründete Ursache dazu bescheinigt hat; und dieses deswegen, weil das Vermögen einer Privatperson nicht ohne Noth bekannt gemacht

gemacht werden darf i). Dadurch leidet der Credit eines Menschen sehr oft. Kann jedoch der dritte eine gegründete Ursache bescheinigen, wenigstens eydlich erhärten, daß er nicht aus Gefährde den Auszug suche, so wird ihm der Auszug aus dem Hypothekenbuche gegeben k). Sollte es der Eigenthümer selbst zufrieden seyn, daß ein dritter den Auszug bekömmt, oder der Obere verlangt ihn, so kann er ertheilt werden. Dem Landesregenten und seinen Gerichten stehen alle Acten offen, und von diesen ist auch nicht zu vermuthen, daß sie einen schädlichen Gebrauch davon machen werden. Wenn man gleich den Auszug aus dem Hypothekenbuche hat, so ist es dennoch nöthig, auf verschiedne andere Umstände Rücksicht zu nehmen, um dadurch sein gegebnes Darlehn hinlänglich zu sichern. So muß z. B. derjenige, welcher Geld auf Häuser verborgt, folgende Puncte untersuchen, 1) daß er nicht eine so große Summe auf das Haus borgt, als der Richter zu consentiren pflegt, weil oft bis auf zwey Drittheile des Kaufgeldes Hypotheken bestätigt werden, 2) daß er herauszubringen suche, ob nicht Jemand bereits deswegen eine Hypothek an dem Hause habe, weil er Geld zur Wiederaufbauung desselben vorgeschossen hat, 3) daß er mehr auf die, auf dem Hause ruhenden Gerechtigkeiten, Rücksicht nimmt, als auf den Werth des Hauses selbst. Dergleichen Gerechtigkeiten sind z. B. das Weinschanksrecht, die Braugerechtigkeit, die Apotheker- oder Gastgerechtigkeit.

i) Arg. L. 2. C. de alim. pupill. praest. L. 2. C. quando et quib. quarta pars deb. L. 5. §. 4. D. de aut. et conf. tut. ORD. NOTAR. de 1512. pr. §. 23.

k) L. 6. §. 2. et 5. L. 9. §. 3. D. de edendo L. 22. C. de fid. instr.

Wenn Häuser in der Brandcasse assecurirt sind, so behalten sie einen sichern Werth, weil alsdenn, wenn ein solches Haus abgebrannt ist, ein anderes von bestimmtem Werthe wieder aufgebaut werden muß, und dieses dient jetzt so wie das vorige zur Hypothek. Will Jemand auf ein Lehn Gelder verborgen, so hat er außer der Einwilligung des Lehnherrn, wovon S. 6 etwas gesagt worden, noch folgendes zu besorgen. Erstlich muß er wissen, wer alsdenn, wenn der jetzige Lehnsbesitzer und seine lehnsfähigen Nachkommen verstorben sind, zum Besitz des Lehns kommen wird, entweder deswegen, weil die Personen vom ersten Erwerber abstammen, oder in die Lehn aufgenommen worden sind. Dieser Umstand ist alsdenn nicht so gar leicht in Erfahrung zu bringen, wenn die Nachkommen des ersten Erwerbers, zur Lehnsfolge berechtigt sind. Ist hingegen die Mitbelehnschaft der einzige Grund zur Lehnsfolge, so kann man die in Zukunft dazu berechtigten Personen, und die Ordnung, wie sie succediren werden, aus den Lehnbriefen und Lehnsacten mit Sicherheit erfahren. Zweytens muß der Gläubiger nicht etwa nur die bloße Namens-Unterschrift der Mitbelehnten für hinlänglich halten, sondern sie müssen ausdrücklich erklären: daß sie als Stammsvettern oder Mitbelehnte in die Schuld willigen. Diese Erklärung muß von den sämmtlichen Mitbelehnten und Lehnserben deswegen geschehen, damit man in der Zukunft gewiß ist, die Unterschrift sey nicht blos als ein Zeugniß hinzugefügt worden, sondern als eine würkliche Bewilligung der Unterpfandsverschreibung des Lehns [1]). Die Unterschrift aller Mitbelehnten ist deswegen nöthig, damit nicht in der Folge, derjenige, der nicht

mit

1) Stryck Caut. Contr. Sect. 1. c. 6. §. 14.

mit unterschrieben hat, wenn das Lehn angegriffen werden soll, die Einrede vorschützen kann, ihm gehe die Verpfändung nichts an. Sollte es nicht möglich seyn, die Einwilligung aller Lehnserben zu erlangen, so ist es sehr nützlich, daß diejenigen welche würklich unterschrieben haben, sich für die Schuld zugleich mit verbürgen. Hierdurch bekommt der Gläubiger das Recht, wenn das Lehn an diese Mitbelehnten kommt, daß sie wenigstens von den Früchten des Lehns, welche sie erheben, die ganze Schuld bezahlen müssen.

Das Einwilligungsbekenntniß der Mitbelehnten in die Verpfändung des Lehns kann auf folgende Art, dem Schuld- und Unterpfandsbriefe beygeschrieben werden:

Nachdem der Hochwohlgeb. Herr, Herr N. von N. Besitzer des Ritterguths N. Uns unterschriebene, als an das Ritterguth N. gebrachte Mitbelehnte, um unsere Einwilligung in die Verpfändung desselben, gegen obiges von dem Hoch- und Wohlgeb. Herrn, Hrn. N. v. N. darauf zu nehmendes Darlehn, von 8000 Rthlr. — — schreibe Achttausend Thaler — — geziemend ersuchet hat, und wir, vermöge des zwischen demselben und Uns bestehenden Mitbelehnschaftsvertrages (Lehnsreverses) Uns dessen nicht entbrechen mögen; Als ertheilen wir Kraft dieses unsere ausdrückliche Einwilligung in die unterpfändliche Verschreibung des berührten Guthes auf 8000 Rthlr. — — hoch, indem Wir zugleich diese Schuldpost als eine wahre Lehnschuld anerkennen.

Dessen zu Urkund und mehrere Bekräftigung haben wir gegenwärtiges Einwilligungsbekenntniß eigenhändig unterschrieben und unsere Siegel beygedruckt. So geschehen — —

Die Mitbelehnten können ihre Einwilligung zur Verpfändung des Lehns auch auf andere Art erklären;

ren; wie aus folgendem Formular einer Schuld- und Unterpfandsverschreibung über ein Ritterguth, zu ersehen ist.

Ich Endesunterschriebner für mich, meine Erben und Lehnsfolger, bekenne hiermit, daß der Hoch- und Wohlgeb. Herr, Hr. N. v. N. auf N. unter der höchsten Orts hierüber auszuwirkenden Landes- und Lehnsherrlichen Vergünstigung, auch ausdrücklicher Einwilligung der unten benannten Herren Mitbelehnten, mir, auf mein darum geschehenes Ansuchen, und zu meinem wahren Bedürfniß, besonders aber zu Bezahlung verschiedner auf meinem Ritterguthe N. hastenden Lehnsschulden, ein Darlehn von 8000 Rthlr. — — schreibe.

Achttausend Thaler — — in vollwichtigen Louisd'or das Stück zu 5 Rthlr. — — gegen landübliche, mit Fünf vom Hundert jährlich zu bewirkende, Verzinsung und halbjähriger, zu Ostern und Michael, zu erfolgender Zinsabtragung, auch halbjähriger, beyden Theilen freystehender, Aufkündigung baar vorgeliehen hat, welches ich auch unterm heutigen Tage baar und richtig ausgezahlt erhalten, und zu der angegebenen Absicht in meinen wahren Nutzen und zu Bezahlung der Lehnsschulden des berührten Guthes verwendet habe. Wie ich nun Eingangsgedachten meinen Herrn Darleiher, über den richtigen Empfang des mir vorgeliehenen Darlehns der 8000 Rthlr. — — in der verschriebenen Münzsorte, unter Entsagung der Ausflucht des nicht baar, und in der verschriebenen Münzsorte, nicht richtig gezahlten Geldes, Kraft dieses, auf die zu Recht beständigste Art quittire: So verspreche ich auch dagegen, das vorgeliehene Capital der 8000 Rthlr. — — nur gedachten meinem Herrn Gläubiger, nach vorher erfolgter halbjährigen, einzig und

allein

allein auf meine Kosten zu bewirkenden, Aufkündigung, wozu auch eine blos aussergerichtliche hinlänglich seyn soll, welche aber ausser dem Falle der verzögerten Zinsabtragung, vor dem Ablaufe von Sechs Jahren, vom Tage der Ausstellung dieser Schuld- und Unterpfandsverschreibung an gerechnet, auf Seiten des Herrn Darleihers, verglichenermaßen nicht erfolgen darf, in der eben verschriebenen guten und vollwichtigen Münzsorte, in einer ungetrennten Summe, nach Leipziger Wechselrecht, baar und richtig wieder zu bezahlen, inzwischen aber solches bis zu dessen erfolgter Zurückzahlung landüblich, jährlich mit Fünf vom Hundert, ordentlich zu verzinsen, die davon verfallenen Zinsen halbjährig, zu Michael und Ostern jeden Jahres, in vollwichtigen Louisd'or, das Stück zu 5 Rthlr. — — ebenfalls nach Leipziger Wechselrecht, abzuführen, mit Abtragung derselben künftige Ostern d. J. den Anfang zu machen, und bis zu der völligen Zurückzahlung des Capitals ordentlich fortzufahren. Wie denn mein Herr Gläubiger auch auf den unterlassenen Zinsabtragungsfall, und nur bey einer einzigen verzögerten terminlichen Zahlung der Zinsen, befugt seyn soll, die Loskündigung des Hauptstammes, vor Ablauf der obigen Sechs Jahre zu bewirken, und solchen, nach Willkühr, beyzutreiben.

Damit aber mein Herr Gläubiger, Eingangsgedachter Herr von N. seines mir vorgeliehenen Hauptstammes der 8000 Rthlr. sowohl, als auch der davon fallenden Zinsen und Kosten, im Fall einige der letztern, wider alles Verhoffen, verursacht würden, gesichert seyn möge; So verschreibe ich demselben nicht allein mein sämmtliches, sowohl bewegliches als unbewegliches, gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen, hiermit unterpfändlich, sondern ich

seße auch ihm, unter der ihm höchsten Orts auszuwirkenden lehnsherrlichen gnädigsten Gunstertheilung, und der bereits erfolgten ausdrücklichen Einwilligung meiner unten verzeichneten sämmtlichen Herren Mitbelehnten, mein im Bezirk des Amts Z. gelegenes schriftsäßiges Mannlehnritterguth, nebst allen Zubehörungen, an Gebäuden, Feldern, Wiesen, Lehnen, Frohnen und Zinsen, sämmtlichem Guthsinventarium, auch Rechten, Freyheiten und Gerechtigkeiten, ganz in der Maaße, wie ich dasselbe, besage des unterm 1 August 1770 abgeschlossenen und gnädigst bestätigten Kaufcontracts, von Hrn. von N. für 40000 Rthlr. — — an mich gekauft, und bisher besessen, benutzt und gebraucht habe — — zu einem ausdrücklichen Unterpfande, unter der Zusicherung des davon eingeräumten Besitzes, und dem die Hülfsvollstreckung wirkenden Vertrage, dergestalt ein, daß auf den Fall der unterlassenen Zurückzahlung des obigen Hauptstammes, oder der verzögerten Abtragung der Zinsen in den bestimmten Fristen und der Kosten, derselbe sich daraus, nach Willkühr und ohne Weitläuftigkeit, sofort bezahlt machen möge.

In welcher Absicht ihm, oder dieses Briefes treuen Inhaber das verpfändete Guth, und dessen Zubehörungen, ohne vorheriges Anerkenntniß dieser Schuld- und Unterpfandsverschreibung, auch ohne vorher zu bewirkende Hülfsvollstreckung (Executio), und Güterein weisung (Immissio), welchen Hülfsfristen ich hiemit ausdrücklich entsage, sofort unmittelbar zu gerichtlicher Verwaltung (sequestratio) und öffentlichem Verkauf (subhastatio) zu bringen und aus den daraus gelößten Entstehungsgeldern seine Bezahlung zu nehmen, oder aber durch Anstellung des Wechselproceßes, wobey meinem Herrn Gläubiger die Wahl lediglich allein frey bleibt, seine Befriedi-

gung

gung zu suchen, hiermit ausdrücklich nachgelassen ist.

Zu dem Ende begebe ich mich aller und jeder, wider obigen Vertrag zu machenden Ausflüchte und Rechtswohlthaten, besonders der Ausflucht der Uebereilung, der Ueberlistung, der Verletzung, der Widereinsetzung in den vorigen Stand, der Meßfreyheit, der auszuwirkenden Anstandsbriefe, des nicht angestellten ordentlichen Processes, allen Hülfs- und andern Fristen, der Appellation, der des nothdürftigen Unterhalts (beneficium competentiae), der Ausflucht, daß eine allgemeine Verzicht nicht gelte, wenn nicht eine besondere vorher gegangen, und wie sie sonst Namen haben, hiermit wohlbedächtlich und ausdrücklich.

Zu dessen allen mehrer Urkund und Bekräftigung habe ich gegenwärtigen Schuld- und Unterpfandsbrief eigenhändig, nebst meinen sämmtlichen Herren Mitbelehnten unterschrieben und besiegelt, ich verspreche auch solchen zu der höchsten Landes- und Lehnsherrlichen Bestätigung und Gunstertheilung förderlichst, auf meine Kosten zu bringen. So geschehen — —

(Siegel) N. N. v. N.
als Schuldner.

(Siegel) N. v. N. und willige ich als Mitbelehnter zugleich in die vorstehende Ritterguthsverpfändung hiermit ausdrücklich.

(Siegel) N. v. N.
und ertheile ich als Mitbelehnter in die vorstehende Verpfändung des Ritterguths N. hiermit meine Einwilligung.

Ob es gleich verschiedne Arten von Schulden giebt, welche aus dem Lehn bezahlt werden müssen, wenn auch weder der Lehnherr, noch die Mitbelehnten dazu ihren Willen gegeben haben, so ist dennoch eine ausdrückliche Verpfändung des Lehns zu ihrer Sicherheit weit vortheilhafter, denn jetzt braucht der Gläubiger nicht die Verwendung in das Lehn zu beweisen. Unter die Schulden welche auf dem Lehn haften, gehören diejenigen, welche zur Verbesserung des Lehns gereichen, zur Bezahlung der Lehnschulden, zur Erbauung nöthiger Gebäude, zur Erkaufung des Lehns verwendet worden u. s. f. Da die Hypotheken auch durch einen Bevollmächtigten überlassen werden können, wie die Praktiker behaupten, obgleich nach der Theorie das Gegentheil zu behaupten seyn möchte [m]), so hat jeder, zu dessen Besten die Hypothek bestellt werden soll, genau zu untersuchen, ob der Bevollmächtigte, welcher für einen andern eine Hypothek verschreiben will, eine solche Vollmacht in Händen hat, worin die Ueberlassung einer Hypothek ausdrücklich angeführt ist. Ferner muß die Unterschrift des Gewaltgebers gerichtlich bezeugt seyn, und sodann entweder das Original der Vollmacht, oder doch eine beglaubte Abschrift derselben der Hypothekverschreibung beygelegt werden. Die zeither angeführten Wahrheiten werden hinlänglich seyn zu beweisen, daß bey Beurtheilung der Frage, ob eine Hypothek gültig sey oder nicht, auch auf die Person desjenigen, der sich solche versprechen lassen, die gehörige Aufmerksamkeit gerichtet werden muß. Bey der Lehre vom Pfandcontract kommen noch eine Menge sehr brauchbare Rechtssätze vor, die mit den hier vorgetragenen in Verbindung stehen, und einander erläutern.

§. 4.

m) L. 11. §. 6. D. de pign. act. L. 23. §. 1. D. de pign.

dq

§. 4.

Von der gerichtlichen Bestätigung einer Hypothek.

Es ist bereits im 4ten Theile dieses Handbuchs S. 654 gesagt worden, daß der Kayser Leo die gerichtliche Bestätigung der Hypotheken eingeführt habe. Man hat dieselbe in neuern Zeiten auch in Teutschland in sehr vielen Ländern ebenfalls angenommen. Der Regel nach soll sie deswegen geschehen, damit man herausbringen kann, wie weit das Vermögen eines Unterthanen mit hypothekarischen Schulden beschwert ist. Diesen Umstand muß besonders derjenige wissen, der dem Eigenthümer einer unbeweglichen Sache, mit Sicherheit Geld lehnen will. Nicht vor jedem Richter geht es an, eine Hypothek bestätigen zu lassen, sondern nur derjenige ist dazu berechtigt, dessen Gerichtsbarkeit das Grundstück unterworfen ist, worauf die Hypothek ertheilt worden [n]). Sollte etwa der Eigenthümer dieses Grundstücks einen persönlich privilegirten Gerichtsstand haben, so wird er dadurch nicht von der Verbindlichkeit befreyt, die von ihm ertheilte Hypothek, von dem Gericht bestätigen zu lassen, zu dessen Gerichtsbezirk das verpfändete Grundstück gehört. Anders verhält es sich jedoch alsdenn, wenn eine Sache selbst einen privilegirten Gerichtsstand hat. Dieser wird dem Gerichtsstande der belegenen Sache (forum rei sitae) gleich gehalten; und daher können Hypotheken auf schriftsäßige Güther auch nur vor der Regierung bestätigt werden [o]). Es hat bey der gericht-

n) CARPZOV P. II. Const. 23. Def. 20. 21. BERLICH Conclus. T. II. Concl. 29. n. 65 — 72. Claproth von freywilligen Gerichtshandl. S. 46. Anweisung zur Abfass. rechtl. Auss. 1 Th. S. 601.

o) STRYCK D. de oblig. feud. conf. mun. HARPRECHT D. de pign. oubl.

richtlichen Bestätigung einer Hypothek auch nicht einmal die freywillige Anerkennung (prorog. Irdictionis) einer fremden Gerichtsbarkeit, von Seiten der contrahirenden Personen statt. Wäre es erlaubt, daß die gerichtliche Bestätigung einer Hypothek, vor allen und jeden Gerichten geschehen dürfte, wie verschiedne Rechtslehrer p) behaupten, so würde in den mehresten Fällen die Absicht vereitelt werden, die man dadurch erreichen will. Diese besteht aber in der Gewißheit, daß auf ein Grundstück nicht mehr öffentliche Hypotheken gelegt werden sollen, als es durch die Gesetze festgesetzt ist. Nur alsdenn, wenn eine bewegliche Sache zur Hypothek verschrieben worden (S. 10), so kann jeder Richter die Hypothek bestätigen, weil darüber kein Hypothekenbuch geführt wird, und hierbey blos das römische Recht gilt. Eben dieses ist auch Rechtens bey Hypotheken, die auf solchen beweglichen Güthern liegen, welche dem unbeweglichen Vermögen gleich gehalten werden. Daher kann die Hypothek an einer Heerde, an einer Bibliothek, an einem Waarenlager, an einer Schuldforderung, wenn sie auch auf einer unbeweglichen Sache ruhen sollte, sowohl von demjenigen Richter bestätigt werden, dem der Schuldner für seine Person unterworfen ist, als auch von dem Richter der belegenen Sache, ja sogar von einem jeden andern, vor welchem Handlungen der ganz freywilligen Gerichtsbarkeit (act. iurisd. mer. vol.) vorgenommen werden dürfen q). Die Wichtigkeit der Sache erfordert

p) de PUFENDORF Obs. Tom. III. Obs. 53. S. 164. MEVIVS ad Jus Lub. P. III. T. 4. Art. 1. n. 24. Strubens rechtl. Bed. 1 Th. S. 49.

q) de PUFENDORF T. III. Obs. 180. S. 483. Claproths Rechtswiss. von freywill. Gerichts-Handl. S. 44.

erfordert es, daß die gerichtliche Bestätigung einer Hypothek von dem Richter an der gewöhnlichen Gerichtsstelle selbst, und nicht an einem andern Orte, in Gegenwart der Gerichtsbeysitzer vorgenommen werde r). In den Patrimonialgerichten wird diese Feyerlichkeit zwar sehr oft nicht beobachtet, indem die Gerichtsverwalter in ihrer Wohnung die Bestätigung einer Hypothek vornehmen. Ist dieses in Gegenwart der ordentlichen Gerichtspersonen geschehen, und die Urkunde in Ansehung des Orts eben so unterschrieben worden, als es in der eigentlichen Gerichtsstube gewöhnlich ist, so läßt man es in den Gerichtshöfen durchgehen, und nimmt die Hypothek in Rücksicht auf diese Eigenschaft für gültig an. Sollte die bürgerliche und peinliche Gerichtsbarkeit getrennt seyn, so gehört die Bestätigung der Hypotheken für den bürgerlichen Richter. Wird aber über die Zuständigkeit der Gerichtsbarkeit, in Ansehung des Grundstücks, woran die Hypothek ertheilt worden, zwischen mehrern Gerichten gestritten, so gehört die Bestätigung der Hypothek so lange bis der Streit geendigt ist, vor den nächsten Oberrichter, oder man bittet den Oberrichter, daß er auf eines von den niedern Gerichten Commißion zu Bestätigung der Hypothek ertheilen wolle, oder läßt die Hypothek von beyden streitenden Gerichten bestätigen s). Sollte der Richter selbst der Schuldner seyn, der die Hypothek verschrieben hat, so kann er gleichwohl die gerichtliche Bestätigung in seinem eignen Gericht vor-

r) Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze 1 Th. S. 610. SCHWEBER D. de auct. publ. ad pign. f. hyp. publ. const. nec. §. 19. CARPZOV P. II. Const. 23. Def. 5.

s) ERXLEBEN Princ. de iure pign. et hypoth. §. 50.

vornehmen; denn er macht sich dadurch zu etwas verbindlich, und in diesen Fällen wird er nicht für verdächtig gehalten [t]), obgleich verschiedne Rechtslehrer behaupten, daß er auch in diesem Falle die Bestätigung der Hypothek nicht selbst vornehmen könne, sondern es entweder durch eine andere Gerichtsperson thun lassen müsse, oder durch den Oberrichter. Diese Behauptung gehet aber zu weit, und es wird hierbey der Fall, da der Richter selbst der Gläubiger ist, mit dem gegenwärtigen vermengt [u]). Einen Auszug aus dem Hypothekenbuche darf der Richter freylich, wenn er selbst der Schuldner ist, nicht für sich allein ertheilen, weil er damit ein Zeugniß in seiner eignen Sache ablegen würde. Ist der Richter der Gläubiger, oder derjenige, zu dessen Vortheil die Hypothek bestätigt werden soll, so muß die Bestätigung schlechterdings von den übrigen unverdächtigen Mitgliedern des Gerichts, oder wenn diese nicht da seyn sollten, von dem nächsten Oberrichter geschehen [x]). Jeder Beamte, der keine Gerichtsbarkeit hat, ja sogar ein ganzes Collegium, z. B. die Rentkammer, welches zur Bestätigung der Hypotheken vom Landesregenten nicht bevollmächtigt ist, darf keine Hypotheken bestätigen. Daraus entsteht sonst eine Nichtigkeit, und der Beamte muß diejenigen

t) L. 1. et 2. D. de off. Praet. L. 2. D. de off. praef. L. 3. et 4. D. de adopt. L. 18. L. 20. §. vlt. D. de manum. vind. L. 13. §. 4. ad Sctm. Treb. HERT. de vno hom. plur. fust. perf. Sect. 4. §. 2.

u) CARPZOV P. II. Const. 23. def. 5. BERGER D. de potest. perf. publ. in semetipsam §. 29. PISTOR P. III. Qu. 9. n. 19.

x) BOEHMER D. de maiest. imp. magistr. maior. c. 1. §. 5. not. 9. WERNHER P. VII. Obs. 248. SCHILTER. Exerc. 5. §. 5. L. 33 et 34. D. de reb. cred.

gen schadlos halten, welchen dadurch Schaden verursacht worden ist y). Was nun die richterliche Bestätigung einer Hypothek selbst anbetrift, so pflegt die Sache in folgender Ordnung zu geschehen. Erstlich muß der Schuldner, welcher seinem Gläubiger eine Hypothek ertheilen will, den Richter entweder mündlich oder schriftlich ersuchen, den über die Unterpfandsbestellung errichteten Vertrag zu bestätigen. Ist das Gericht, welches die Hypothek bestellen soll, ein höheres, z. B. eine Canzley oder Regierung, so wird die Bitte um Bestätigung der Hypothek schriftlich vorgetragen (S. 8). Wenn aber die verpfändete Sache für ein Untergericht gehört, so pflegt alles mündlich vorgebracht, und zu Protokoll genommen zu werden. Ein Formular eines Protokolls über diese gerichtliche Handlung ist im 4 Th. dieses Handb. S. 632 abgedruckt worden. Ob es gleich besser ist, wenn der Schuldner selbst die Bestätigung der Hypothek in Person verlangt z), so kann er doch auch durch einen Bevollmächtigten, welcher mit einer besondern Vollmacht zu dieser Handlung versehen ist, die Handlung vornehmen lassen, wie bereits S. 44 gezeigt worden ist. Die Vollmacht muß aber schlechterdings auf die Anerkennung des Inhalts und der Unterschrift der Pfandverschreibung, wie auch auf die Entsagung der Rechtswohlthaten gerichtet seyn. Eine dergleichen Vollmacht darf jedoch allein deswegen nicht für unzulänglich erklärt werden, weil es nicht ausdrücklich darin angeführt ist, daß der Bevollmächtigte eine öffentliche Hypothek ertheilen und um deren Bestätigung nachsuchen soll, wenn diese beyden

y) de PUFENDORF Obs. Iur. vn. Tom. I. Obs. 45. S. 112. Claproths Iurispr. extrai. S. 44.

z) CARPZOV P. II. C. 23. D. 23.

beyden Puncte schon in der Schuldverschreibung selbst gehörig angeführt sind [a]). Alsdenn wird es jedoch nicht leicht verstattet, die Bestätigung einer Hypothek durch einen Bevollmächtigten zu verlangen, wenn eydliche Versicherungen oder eydliche Renunciationen vor der Bestätigung der Hypothek vom Schuldner geschehen müssen. Doch auch hierbey ist man in den Ländern nachgebender, wo der Eyd in die Seele eines andern abgelegt werden kann, falls der Gläubiger damit zufrieden ist, oder der Schuldner selbst nicht persönlich erscheinen kann, weil er z. B. sehr weit entfernt ist. Der Gläubiger ist für sich allein nicht eher berechtigt, um die Bestätigung einer Hypothek anzusuchen, als wenn er vom Schuldner in der Schuldverschreibung ausdrücklich, oder durch eine besondere Vollmacht dazu bevollmächtigt worden, den Consens auszubringen [b]). Zu ihrer Sicherheit verlangen daher manche Gläubiger, daß in die Pfandverschreibung folgende Worte mit eingerückt werden müssen: sollte mein Gläubiger in Zukunft zu seiner Sicherheit nöthig erachten, Lehn- und Landesherrlichen Consens in Ansehung der auf mein besitzendes Mannlehnguth ertheilten Hypothek zu suchen, so will ich ihm hiermit volle Macht und Gewalt gegeben haben, diesen Consens ohne meine weitere Einwilligung und Mitwürkung, als ein Bevollmächtigter zu seinem eignen Vortheil (mandatarius in rem suam) zu suchen, und sich auf meine alleinige Unkosten eine gerichtliche Hypothek bestellen zu las-

a) Der Herr Hofrath Claproth von freywilligen Gerichtshandl. S. 48.

b) WAHL D. de valid. et effect. ref. hyp. §. 14. BOEHMER Intr. in Jus Dig. Lib. 20. Tit. 1. §. 2. S. 3. MEVIVS Dec. P. VII. Dec. 232. et 179.

lassen c). Dadurch erlangt ein Gläubiger das Recht, um die gerichtliche Bestätigung der ihm versprochenen Hypothek, ansuchen zu dürfen, welches er sonst nicht thun dürfte. Hat der Schuldner zwar eine Hypothek versprochen, ohne jedoch dabey zu erklären, daß sie gerichtlich bestätigt werden soll, und nachher widersetzt er sich der gerichtlichen Bestätigung, da der Gläubiger darauf dringt; in diesem Falle kann der Gläubiger gegen den Schuldner auf die gerichtliche Bestellung klagen; und es wird auch für ihn gesprochen, wenn die Schuldverschreibung von dem Schuldner recognoscirt worden. Diese Recognition mag würklich geschehen seyn, oder zur Strafe dafür angenommen werden. Wollte man die Sache nicht auf diese Art entscheiden, so würde der Gläubiger den größten Nachtheil leiden, da Hypotheken auf unbewegliche Güther in einigen Ländern nicht anders gelten, als wenn sie gerichtlich bestätigt worden d). Sobald der Richter auf die gehörige Art ersucht worden, eine Hypothek zu bestätigen, so muß er genau prüfen, ob alle Eigenschaften einer gesetzmäßig ertheilten Hypothek, bey dem vor sich habenden Falle anzutreffen sind, oder nicht. Zu dem Ende prüft er, ob der Verpfänder Eigenthümer der zum Unterpfande verschriebnen Sache sey, und ob er zugleich das Recht habe, die Sache verpfänden zu können; oder ob Landesgesetze, Verträge, ein auf der Sache ruhendes Fideicommiß, u. s. f. die Verpfändung entweder schlechterdings verhindern, oder

c) Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze 1 Th. S. 582.

d) Claproths Iurisprud. extraiud. S. 48. Mevius P. VIII. Dec. 128. Idem in Com. ad Jus Lub. P. III. Tit. I. Art. 6. n. 6.

doch nicht anders verstatten, als wenn eine dritte Person ihre Einwilligung dazu ertheilt hat. So muß, wie bekannt, bey Güthern die einem Unmündigen gehören, die Vormundschaftsstube, bey Stadt- und Gemeine-Güthern der Landesregent, bey Kirchengüthern das Consistorium, bey Lehn- und Bauergüthern, der Lehn- oder Gutsherr in die Bestellung der Hypothek einwilligen [c]). Bey Untersuchung der Frage, ob der Schuldner berechtigt gewesen, eine Hypothek zu ertheilen, müssen die oben S. 24 vorgetragenen Grundsätze in Anwendung gebracht werden. Findet der Richter an den Eigenschaften desjenigen, der die Hypothek ertheilt hat, nichts zu erinnern, so prüft er den zwischen den Interessenten errichteten Vertrag selbst. Dabey muß ein Unterschied gemacht werden, ob ihm ein schriftlicher Aufsatz übergeben worden, oder ob die Interessenten ihre Abrede mündlich vorgetragen haben. Die schriftliche Unterpfandsverschreibung wird den Partheyen von einer Gerichtsperson vorgelesen, und wenn es gemeine Leute sind, die solche Aufsätze nicht verstehen, muß ihnen der Inhalt genau erklärt werden. Hauptsächlich ist die genaue Erklärung nöthig, wenn in der Urkunde auf gewisse Rechtswohlthaten Verzicht gethan worden, und die Entsagung soll nochmals im Gericht wiederhohlt werden. Kommen in der Schuldverschreibung unerlaubte Verabredungen vor, so muß dieses nicht gut geheissen, sondern den Partheyen auferlegt werden, dergleichen Puncte abzuändern. Hierher gehört z. B. der Fall, wenn ein offenbarer oder versteckter Zinswucher vorhanden ist; welches alsdenn geschehen würde, wenn ausbedungen

worden,

c) Claproths Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandl. S. 51.

worden, daß das erborgte Capital oder die Zinsen davon, in bessern Münzsorten bezahlt werden sollen, als der Schuldner empfangen. Eben so darf auch nicht versprochen werden, daß sich der Schuldner, die von dem Gläubiger verlangten Kosten, so wie er sie angesetzt, bey entstandenem Proceß über die Schuld, wolle gefallen lassen; oder, der Schuldner wolle, falls er das Geld nicht zu rechter Zeit zurückgezahlt habe, so und so viel als Strafe an den Gläubiger erlegen [f]). Undeutliche Worte und Redensarten müssen von den Interessenten genau bestimmt werden. Sollte ein dritter wider die verlangte gerichtliche Bestätigung einer Hypothek eingekommen seyn, so muß der Richter die Sache untersuchen, und die Bestätigung nicht eher ertheilen, als nach ausgemachter Sache. Unter die Ursachen, welche einen dritten berechtigen, sich gegen die gerichtliche Bestätigung einer Hypothek zu setzen, gehören hauptsächlich folgende Fälle: 1) Wenn der Schuldner nicht berechtigt gewesen (S. 3), die Sache mit einer Hypothek zu beschweren, weil er entweder das Eigenthum derselben nicht hat, oder wenigstens nicht damit schalten und walten kann, wie er will. 2) Kann ein dritter sich der gerichtlichen Bestätigung widersetzen, wenn er selbst an der Sache eine Hypothek hat, und der Eigenthümer dieser Sache ihm versprechen müssen, Niemanden anders auch noch eine Hypothek auf die nämliche Sache zu ertheilen. 3) Ist die Protestation gegen die Ertheilung der gerichtlichen Bestätigung einer Hypothek gesetzmäßig unternommen worden, wenn Jemand an demjenigen, der auf seine Sache eine Hypothek legen will, gegründete Anforderungen hat,

f) Der Herr Hofrath Claproth von freywilligen Gerichtshandl. S. 52.

und er beweißt, daß sein Schuldner nun nicht so viel im Vermögen behalten werde, ihn zu befriedigen, wenn er noch mehr borge. Findet der Richter diese Behauptung nach untersuchter Sache wahr, so muß er die Bestätigung der Hypothek abschlagen g). Außer den zeither angeführten Puncten, worauf jeder Richter, von welchem die gerichtliche Bestätigung einer Hypothek verlangt worden, die größte Aufmerksamkeit zu richten hat, muß er ferner mit der größten Genauigkeit prüfen, ob auch die zur Hypothek verschriebene Sache dem Gläubiger alle mögliche Sicherheit leisten werde, oder nicht. Damit er hierüber zur vollkommenen Gewißheit gelangen möge, ist es seine Pflicht, dem Gläubiger 1) den wahren Werth der zur Hypothek überlassenen Sache anzuzeigen, 2) muß er herauszubringen suchen, wie viel hypothekarische Schulden, sowohl an ausdrücklichen als auch an stillschweigenden, bereits auf dem Vermögen desjenigen haften, der die gegenwärtige Hypothek ertheilt hat h). Bey Bestimmung des Werths der zur Hypothek verschriebenen Sache, richtet sich der Richter nach der Kaufsumme, wofür die Sache zuletzt verkauft, oder wie hoch sie im Erbe angenommen worden. Sind diese Bestimmungsarten nicht anwendbar, weil die Sache zu niedrig verkauft, oder im Erbe angeschlagen worden, so wird die Sache taxirt. Findet sich bey der Bestimmung des wahren Werths der Sache keine gegründete Bedenklichkeit, so hat der Richter ferner darauf zu achten, ob etwa die Landesgesetze festgesetzt haben, bis

auf

g) Claproths Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandl. S. 55.

h) Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze. 1 Th. S. 605.

auf welche Summe die gerichtliche Bestätigung der Hypothek erlaubt seyn soll. Wenn das ist, so darf er die gerichtliche Bestätigung nicht höher ertheilen, als auf die vorgeschriebene Summe, es mögen bereits gerichtliche Hypotheken auf der Sache liegen oder nicht. Im erstern Falle rechnet er die sämmtlichen consentirten Posten zusammen, wo sichs sodann ohne Schwierigkeit zeigen wird, ob die verlangte Bestätigung auf die ganze Summe ertheilt werden kann, oder nicht. Sollte der Schuldner bereits so viel gerichtliche Hypotheken haben, als die Gesetze zu ertheilen erlauben, und der Gläubiger verlangt gleichwohl die Bestätigung der gegenwärtigen Hypothek auch noch, so muß ihm der Richter hierin nicht anders willfahren, als wenn er den Gläubiger ausdrücklich erklären lassen: Daß im Fall er in der Folge nicht zu dem Seinigen kommen sollte, er sich deswegen nicht an den Richter halten wolle; mit andern Worten, er muß ihn auf die Syndicatsklage Verzicht leisten lassen. Wir werden nämlich in der Folge hören: Daß der Richter einem Gläubiger allen Schaden ersetzen muß, wenn er bey der gerichtlichen Confirmation einer ihm von seinem Schuldner überlassenen Hypothek einen Fehler begangen hat i). Damit sich der Richter nicht etwa in der Summe der consentirten Posten irrt, so muß er auf die Münzsorten Rücksicht nehmen, in welchen die Schuld contrahirt worden ist. Wie dieses zu verstehen sey, wird bey der Lehre vom Darlehnscontract erklärt werden. Verordnen die Landesgesetze nichts, wie hoch die Grundstücke mit gerichtlichen Hypotheken beschwert werden können, so

i) Der Herr Hofrath Claproth von freywilligen Gerichtshandl. S. 40. Strubens Bed. 5 Th. S. 7.

ist der Richter in der größten Gefahr, wegen der von ihm geschehenen gerichtlichen Bestätigung einer Hypothek, irgend einmal Verantwortung zu bekommen. Am vorsichtigsten handelt er hierbey, wenn er lieber eine zu geringe Summe bestätigt, als eine zu große. Die Interessenten können zwar deswegen beym Oberrichter Beschwerde führen. Allein wenn dieser ihm hierauf die Bestätigung anbefehlen sollte, so kann er in der Folge nicht zum Schadenersatz angehalten werden, wenn sichs zeigt, daß nicht Sicherheit genug vorhanden gewesen; denn er hat auf Befehl des Obern gehandelt, und ist folglich ohne Schuld [k]). Ist nicht die geringste Bedenklichkeit bey der zu ertheilenden gerichtlichen Bestätigung einer Hypothek vorhanden, so muß der Richter das Ansuchen der Interessenten genehmigen, und die Hypothek von Gerichtswegen bestätigen. Diese gerichtliche Confirmation wird auf verschiedne Weise ausgefertigt, je nachdem die Interessenten entweder eine schriftliche Schuldverschreibung dem Gericht übergeben, oder die ganze Sache mündlich vorgebracht haben, und darüber ist ein Protocoll gehalten worden. Im ersten Falle ertheilt der Richter seine Bestätigung entweder unter das Original der Obligation, oder er stellt eine eigene Urkunde darüber aus. Ein Formular dieser letzten Art von gerichtlicher Bestätigung ist im 4ten Theile dieses Handbuchs S. 632 befindlich. Wie die Bestätigung abgefaßt zu werden pflegt, wenn sie mit der überreichten Urkunde selbst verbunden worden, kann man aus folgendem Formular [l]) sehen. Dem-

k) Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze. 1 Th S. 610.

l) Claproths Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandl. S. 59.

Demnach vorstehende Schuld- und Pfandverschreibung vom Schuldner N. N. und dessen Ehefrau zur obrigkeitlichen Bestätigung übergeben, beyde nach geschehener Vorlesung und Erklärung deren Inhalt genehmigt, Siegel und Unterschrift für die ihrigen anerkannt, die Ehefrau auch ihren weiblichen Rechtswohlthaten, nach vorher geschehener Erklärung, und zwar der Auth. si qua mulier, mittelst körperlichen Eydes entsaget; daneben die Partheyen zu mehrerer Erläuterung des §. 3. angeführt: Daß u. s. f. (S. 53), der §. 7. aber von Amts wegen verworfen (S. 52), und die Münzsorte (S. 55) auf alte Louisd'or zu 5 Rthlr. bestimmt worden; Als wird die gebetene obrigkeitliche Bestätigung hiermit ertheilt, und soll die Schuld- und Pfandverschreibung dem Hypothekenbuche wörtlich einverleibt werden. Urkundlich des hierunter gelegten größern Stadtinsiegels, und der gewöhnlichen Unterschrift. So geschehen — —

Haben die Interessenten mündlich um die gerichtliche Bestätigung der unter ihnen verabredeten Hypothek angesucht, so wird alles, was dabey vorgegangen ist, zu Protocoll genommen, und nach Inhalt desselben läßt sodann der Richter eine besondere Urkunde ausfertigen, welche 1) die Vereinigung und Abrede der Partheyen über das ganze Geschäfte enthält, womit 2) die würkliche gerichtliche Bestätigung verbunden wird [m]). Ist die Bestätigungsurkunde der gerichtlichen Hypothek ausgefertigt worden, so wird sie entweder ganz, oder nur dem wesentlichen Inhalte nach in das sogenannte Hypothekenbuch eingetragen. Unter dem wesentlichen Inhalte versteht

m) Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze. 1 Th. S. 615.

man folgende Stücke, nämlich 1) den Namen des Schuldners und Gläubigers, 2) die Summe der Schuld, die Münzsorte und den Zinsfuß, 3) die zur Hypothek verschriebnen Grundstücke, Tag und Jahr der Verschreibung und des ertheilten Consenses n). Die Eintragung der gerichtlichen Bestätigung in das Hypothekenbuch, gehört aber nicht zum Wesen der Hypothek selbst, und man darf blos deswegen an ihrer Gültigkeit nichts aussetzen, weil die Eintragung noch nicht geschehen ist. Nach geschehener Eintragung in das Hypothekenbuch, bekömmt der Schuldner das Original der ausgefertigten obrigkeitlichen Bestätigung der Hypothek, wofür er die Gerichtsgebühren allein zu bezahlen hat, da die Sache vorzüglich zu seinem Besten vorgenommen worden, weil ihm der Gläubiger sonst nichts gelehnt haben würde. Der Gläubiger ist nicht anders berechtigt, das Original der Unterpfandsverschreibung vom Gericht zu fordern, als wenn er das Geld würklich an den Schuldner bezahlt, oder dieser erklärt hat, daß das Gericht dem Gläubiger die Obligation zustellen mögte. Ueberhaupt müssen nach Verschiedenheit der Fälle, sowohl der Schuldner als der Gläubiger, bey der Auslieferung des Originals, über die gerichtlich bestellte Hypothek behutsam seyn. Der Schuldner muß dem Gläubiger nicht eher die Pfandverschreibung vom Gericht zustellen lassen, als bis er das Geld würklich in Empfang genommen. Denn es könnte kommen, daß der Gläubiger stürbe, ohne vorher das Geld ausgezahlt zu haben, und die Erben desselben wüßten nichts davon, ob die Bezahlung geschehen

n) Hahn ad Wesenbec. qui pot. in pign. n. 2. Mevius P. VII. Dec. 179. n. 5. Wahl D. de validit. et effectu refer. dom.

geschehen sey, oder nicht o). Da nun der Regel nach die Obligation nicht eher abgeliefert wird, als nach Empfang des Geldes, so hätten sie gegründete Ursache zu vermuthen, die Auszahlung des Darlehns sey würklich geschehen, folglich könnte hier der Schuldner in den schweren Beweis des nicht empfangenen Geldes, verwickelt werden. Aber auch der Gläubiger hat eben sowohl Ursache, dafür zu sorgen, daß der Schuldner die Unterpfandsverschreibung nicht zu seinem Nachtheil an sich behalten kann, ob er gleich das Geld würklich ausgezahlt erhalten hat. Es ist also am sichersten gehandelt, er zahlt das Geld nicht eher aus, als bis er das Original der gerichtlichen Bestätigung der Hypothek vor sich hat. Sollte der Schuldner vor der gerichtlichen Bestätigung der Hypothek, aufs neue gegen Hypothek Geld geborgt haben, und diese auch zugleich bestätigen lassen, so kann der ältere Gläubiger, dem noch keine gerichtliche Hypothek ertheilt worden, von dem Versprechen des Darlehns gänzlich zurück treten, weil sich die Umstände geändert haben, und er jetzt nicht mehr so sicher ist, als vorher. Ist aber das Geld bereits von ihm ausgezahlt worden, so darf ihm die öffentliche Hypothek, von dem Tage der versprochenen gerichtlichen Bestätigung an gerechnet, nicht abgeschlagen werden p). Wenn die Obligation verlohren gegangen seyn sollte, so wird eine ganz neue aufgesetzt, von dem nämlichen Inhalte und Tage, wie die verlohrne war, und mit Vorlesung derselben wird auf eben die Art zu Werke gegangen, wie bey solchen Ver-

o) Herr Hofrath Claproth von freywilligen Gerichtshandl. S. 56.

p) Arg. leg. 1. 5. 7. 8. et 11. C. de fide instr. Claproth am angeführten Orte.

Verschreibungen, welche das erstemal im Gericht überreicht worden, verfahren zu werden pflegt, wovon ich oben S. 52 geredt habe. Blos eine nochmalige Entsagung der Rechtswohlthaten und die Wiederhohlung des Eydes geschieht nicht. Ist aber die verlohrne Obligation schon von Wort zu Wort in das Hypothekenbuch eingetragen worden, so wird eine vidimirte Abschrift davon ausgefertigt, welche sodann gleiche Kraft mit dem Original hat. Da ich zeither sehr oft des Hypothekenbuchs gedacht habe, so will ich etwas darüber anführen q). Das Hypothekenbuch ist das Verzeichniß, aller, in einem gewissen Gericht, innerhalb einer gewissen Zeit, bestätigten Hypotheken, nebst dem Register derjenigen Personen, auf deren Grundstücken die Hypotheken liegen. Wenn die geschehene gerichtliche Bestätigung einer Hypothek, von einem recht ausgebreiteten Nutzen seyn soll, so ist nöthig, daß jede einzelne Bestätigung angemerkt wird. Zu dem Ende ist in den Gerichten die Einrichtung getroffen worden, daß die ganze Schuldverschreibung in ein eignes Buch, welches bey großen Gerichten aus vielen Bänden besteht, wörtlich eingetragen wird, oder es ist wenigstens der Name des Schuldners, die Summe des erborgten Capitals, nebst den Münzsorten, Tag und Jahr der Obligation, angemerkt worden. Ferner trägt man in das Hypothekenbuch die allgemeinen und besondern Hypotheken ein, welche auf gewissen Güthern liegen, den dazu ertheilten Guths- oder Lehnsherrlichen Consens, und die Bürgschaften, zu deren Sicherheit die Hypothek bestellt worden. Da auf die Richtigkeit

q) Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze 1 Th. S. 617. Claproths Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen S. 127.

tigkeit des Hypothekenbuchs alles ankömmt, und es die Arbeit des Nachschlagens sehr vermindert, wenn man in der Geschwindigkeit sogleich sehen kann, wie viel Schulden auf einem Grundstück haften, so pflegt ein solches Buch nach folgendem Plane eingerichtet zu werden. Wenn es möglich ist, bekommt jedes Guth, oder wo ledige und ungehufte Grundstücke vorkommen, jeder Besitzer seine eigne Stelle. Die Ordnung ist entweder nach dem Alphabeth eingerichtet, oder man befolgt dabey die Ordnung des Flurbuchs oder Steuercatasters, so daß beyde Bücher sich genau auf einander beziehen. Hierdurch wird die geschwinde Uebersicht am besten befördert. Was den Inhalt des Hypothekenbuchs anbetrift, so kommt folgendes darin vor. Erstlich werden die Grundstücke mit ihrem Besitzer angeführt, nebst dem Werthe derselben, welcher nach dem Kaufpreis oder der Erbtheilung bestimmt wird. Da diese Dinge im Flurbuche, oder dem Gerichtshandelsbuche eingetragen stehen, so wird sich hier nur darauf bezogen; z. B. folgendergestalt: Georg N. Ackerguth ist 1780 für 1500 Rthlr. im Erbe angenommen: die Lehnwaare beträgt 70 Rt. Grundbuch S. 9. Nr. 5. Gerichtshandelsb. von 1780 S. 20. Anmerk. Die dazu gekauften Grundstücke sind S. 30 und 45. unter Nr. 80 und 95. eingetragen. Auf diese Abtheilung folgt eine andere, welche die beym Kauf angenommenen Schulden, mit Zurückweisung auf die darüber ertheilte gerichtliche Bestätigung enthält; ohngefähr in folgenden Worten: 200 Thlr. an N. im Convent. Fuß, laut vorigen und jetzigen Kaufs als alte Consensschuld, (oder als unbezahlte Kaufgelder) übernommen. Gerichtshandelsb. v. J. 1740. S. 90. und v. J. 1750. S. 12. In eben diese Abtheilung werden auch die auf das Kaufgeld schuldig gebliebenen Summen

men eingetragen, mit Zurückweisung auf den Kaufbrief. Sind dabey Termine ausbedungen worden, so wird dieses ebenfalls angemerkt; z. B. 500 Rt. an Käufers Miterben vermöge des Kaufs, so in Terminen bezahlt werden, als 100 Rt. Ostern 1750, und 200 Rt. Ostern 1751. Nach dieser Abtheilung folgt eine andere für die Veränderung der Gläubiger, und die geschehene Bezahlung einer Schuld, oder die Cassation einer Hypothek. Ueber die zeither angeführten Abtheilungen giebt es noch eine für die allgemeinen Hypotheken, und eine andere für die besondern. Die Fortsetzung des Hypothekenbuchs geschieht dadurch, daß man die gerichtliche Bestätigung der aufs neue ertheilten Hypotheken einträgt. Zu dieser Absicht wird der Name des Gläubigers, die Zeit des erborgten Geldes, die Summe, die Münzsorten, die Art und Weise der Wiederbezahlung, die Verzinsung bis dahin, wie auch die verabredete Aufkündigung des Capitals angemerkt. Im Fall die Verschreibung nicht abschriftlich, nebst dem Entwurf der gerichtlichen Bestätigung, in das Hypothekenbuch eingetragen wird, so bezieht man sich auf die Seite des Gerichtshandelsbuches, wo die Abschriften der Obligation und der darüber ertheilten Bestätiguug stehen. Ist durch eine gerichtlich bestätigte Hypothek eine übernommene Schuld entweder gänzlich, oder nur ein Theil derselben, oder ein Rückstand von Kaufgeldern abgetragen worden, so muß dieses genau angemerkt werden. Die geschehene Bezahlung wird sowohl in dem Kaufbriefe selbst, als auch bey dem Entwurf des Consenses, im Gerichtshandelsbuche bezeugt; z. B. auf folgende Weise: 1000 Rt. wiederbezahlt an N. laut Quittung und Verzicht. Gerichtshandelsbuch 1780. S. 40. Ist bey einer Schuld eine Ceßion vorgegangen,

gen,

gen, und dieselbe sodann bezahlt worden, wird folgendes angemerkt: 400 Rt. cedirt an Z. 1750. den 1. Oct. G. H. B. S. 19. wiederbezahlt 1760. G. H. B. S. 50. Es müssen in das Hypothekenbuch auch die Sicherheitsbestellungen eingetragen werden, desgleichen die stillschweigenden Hypotheken, welche dem Richter bekannt geworden sind. Denn weiß der Richter von diesen Schulden nichts, so kann er kein sicheres Zeugniß von den wahren Vermögensumständen eines Schuldners ertheilen (S. 35). So wie die Hypothek des Hauptschuldners bey seinem Namen beygeschrieben wird, so muß auch die Hypothek, welche der Bürge in eben der Schuldverschreibung auf seine Grundstücke bestellt hat, sogleich zu dem Namen des Bürgen gesetzt werden. In Ansehung der Verwechselung der Namen hat derjenige, welcher die Hypotheken einträgt, die größte Behutsamkeit zu beobachten, damit nicht eine Verwechselung damit geschieht. Dann und wann hat ein Schuldner seinem Gläubiger versprochen, daß er weiter keine Hypothek auf das ihm verpfändete Grundstück legen wolle. Dieses Versprechen muß im Hypothekenbuche angemerkt werden, damit der Richter nicht etwa in der Folge dennoch eine Hypothek bestätigt. Auch wenn bloß wider die fernere Verpfändung protestirt worden, so muß dieses so lange angemerkt werden, bis die Protestation aufgehoben worden. Die genaue Anzeige der wieder aufgehobenen Hypotheken erfordert ebenfalls die strengste Aufmerksamkeit. Sollte eine Schuld würklich gänzlich bezahlt worden seyn, und der Schuldner bescheinigt dieses durch öffentliche Urkunden, so wird dieser Umstand genau eingetragen. Wenn aber die Urkunde dem geringsten Zweifel unterworfen ist, so darf die Hypothek nicht anders aufgehoben werden, als

wenn

wenn erst der Gläubiger deswegen gehört worden. Daß der Schuldner die durchstrichne oder zerrissene Obligation übergiebt, ist kein untrüglicher Beweis, daß er bezahlt habe, denn er könnte sie ja selbst durchstrichen oder zerrissen, oder sie von einem andern erhalten haben. Es muß die Bezahlung, oder Erlassung der Schuld durch eine richtige Quittung, welche auch auf der Obligation stehen kann, bescheinigt worden seyn. So viel vom Hypothekenbuche. In der Folge wird noch manches davon vorkommen.

§. 5.

Von den mit einer Hypothek verbundenen Rechten.

Die Brauchbarkeit der zeither vorgetragenen Grundsätze wird alsdenn erst recht einleuchtend, wenn man mit den Rechten und Verbindlichkeiten genau bekannt ist, welche mit einer Hypothek verbunden sind r). Es ist bereits mehreremale gesagt worden, daß die Hypotheken dem Gläubiger zur Sicherheit dienen sollen, daß er von seinem Schuldner wegen einer gewissen Forderung, ganz gewiß seine Befriedigung erhalten werde. Sie setzen aber allemal eine gegründete Anforderung voraus, zu deren Sicherheit die Hypothek dienen soll. Ohne eine gegründete Anforderung ist keine Hypothek vorhanden. Ist die Forderung widerrechtlich, so ist auch die zu deren Sicherheit geschehene Unterpfandsverschreibung unverbindlich, und alle Einreden, welche gegen die Rechtmäßigkeit der Anforderung vorgebracht werden können, kommen auch der Hypothek selbst zu statten. Die Anforderung ist die Hauptverbindlichkeit, und die

r) MADIHN Princ. Iur. Rom. P. III. S. 592. HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 364. Westphal vom Pfandrechte S. 21.

die ertheilte Hypothek die Nebenverbindlichkeit. Gilt nun die Hauptverbindlichkeit nicht, so fällt auch die Nebenverbindlichkeit weg, außer in einigen Fällen s), welche in der Folge vorkommen werden. Darauf kommt aber wenig oder nichts an, ob die Forderung, zu deren Sicherheit die Hypothek gereichen soll, eine bloße natürliche Verbindlichkeit, oder eine bürgerliche, oder eine gemischte ist (Handb. 1 Th. S. 146); oder ob sie würklich vorhanden ist, oder erst in der Folge entstehen wird, ja es kann auch blos zur Sicherheit eines Theils der Anforderung eine Hypothek bestellt werden t). Eine Hypothek soll zur Sicherheit dienen, daß der Gläubiger wegen seiner Anforderungen befriedigt werden wird. Aus diesem Satze läßt sich sogleich die Frage entscheiden, ob diese Sicherheit sich auch zugleich auf die Zinsen von einer schuldigen Summe, auf die gehabten Kosten und Auslagen, ja sogar auch auf die ausbedungene Strafe erstrecke? Wenn man die Natur der Hypotheken erwägt, so kann man fast gar nicht daran zweifeln, daß diese Frage zu bejahen sey. Kein guter Haushalter will etwas von dem Seinigen verlieren, folglich wird er gewiß auch den Willen haben, nicht

s) VOET ad Pand. Tit. de pign. §. 19. Tom. I. S. 695. Edit. Col. AVERAN. Interpr. II. 12.

t) L. 5. pr. D. de pign. — Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione, siue mutua pecunia datur, siue dos, siue emtio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum: et siue in praesenti contractu, siue etiam praecedat. Sed et futurae obligationis nomine dari possunt. Sed et non soluendae omnis pecuniae caussa, verum etiam de parte eius: et vel pro ciuili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali. Sed et in conditionali obligatione non alias obligantur, nisi conditio exstiterit.

nicht nur die Hauptforderung, sondern auch die Nebenforderungen sicher zu stellen. Die Gesetze verordnen daher, daß wenn die Unterpfandsverschreibung wegen der Hauptsumme ihre Richtigkeit habe, die Würkung davon sich auch auf die Zinsen, Kosten und Auslagen, ja sogar auf die ausbedungenen Strafen erstrecken soll. Wenn also gleich in der Schuldverschreibung dieser Nebenforderungen nicht ausdrücklich gedacht seyn sollte, so sind solche dennoch mit gemeint. Da es aber Rechtslehrer giebt, welche behaupten, wenn der Zinsen und Unkosten nicht ausdrücklich gedacht sey, so könne sich die Hypothek nicht mit darauf erstrecken, so ist es am besten, man nennt die Zinsen und Unkosten ausdrücklich u). Mit einer Hypothek sind die wichtigsten Rechte auf Seiten desjenigen verbunden, zu dessen Besten sie ertheilt worden. Was ist also natürlicher, als daß sie nicht anders erlangt werden könne, als auf eine durch die Gesetze eingeführte Art. Diese Entstehungsarten der Hypotheken sind verschieden, und daher rühren die mancherley Unterabtheilungen der Hypotheken, welche im ersten Paragraphen dieses Kapitels angeführt worden sind. Die Ursache einer habenden Hypothek liegt nämlich entweder einzig und allein in der Verordnung der Gesetze, oder in dem Willen des Eigenthümers der verpfändeten Sache. Auf eine andere Art kann man nicht zu einer Hypothek kommen; und es ist Niemanden erlaubt, sich einseitig eine Hypothek an der Sache eines andern anzumaßen. Geschieht es, so ist es ungültig, und die Gesetze setzen eine Strafe darauf. Wenn die Hypothek aus einem

bloßen

u) ERXLEBEN de iure pign. §. 13. HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 345. CUIAC. Obs. XV. 22. ROBERT Animadu. I. 26. Westphal vom Pfandrechte S. 31.

bloßen Vertrage herrührt, so ist nach dem römischen Rechte kein schriftlicher Aufsatz zu deren Gültigkeit nöthig, sondern schon das bloße mündliche Versprechen ist hinreichend x). Es kann der Vertrag sogar durch einen gehörig Bevollmächtigten geschlossen werden, wie auch durch Briefe. Eine Hypothek kann ferner entweder ausdrücklich und mit deutlichen Worten, oder auch durch Handlungen überlassen werden. Dieses letzte würde z. B. dadurch geschehen, daß man die Urkunden, welche das Eigenthum beweisen, z. B. den Kaufbrief, Lehnbrief, zur Sicherheit verschreibt. Wer dem andern an seiner Sache eine Hypothek verschrieben hat, verliehrt dadurch nicht zugleich das Eigenthum an der verpfändeten Sache, sondern er bleibt so lange Eigenthümer, bis in der Folge deswegen, weil er die Schuld nicht bezahlt hat, die Sache verkauft worden. Bis dahin aber, kann er alle Rechte, die ein Eigenthümer hat, ausüben. Er zieht alle Nutzungen von der Hypothek, er kann die Eigenthumsklage anstellen, selbst wider den Gläubiger, wenn er sich widerrechtlich in den Besitz gesetzt haben sollte y). Die Vermehrungen welche eine Hypo-

x) L. 4. D. de pign. — Contrahitur hypotheca per pactum conuentum, cum quis paciscitur, vt res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae. Nec ad rem pertinet, quibus sit verbis: sicuti est in his obligationibus quae consensu contrahuntur; et ideo et sine scriptura, si conuenit, vt hypotheca sit, et probari poterit: res obligata erit, de qua conueniunt. *Fiunt autem de his scripturae, vt quod actum est, per eas facilius probari poterit: et sine his autem* valet, quod actum est, si habeat probationem, sicut et nuptiae sunt, licet testationes in scriptis habitae non sunt.

y) L. 9. C. de pign. — Si dominium eius possessionis, quae pignori data esset, a debitrice domina ad te

Hyporhek bekömmt, bleiben zwar ebenfalls ein Eigenthum des Verpfänders, aber sie werden gleichwohl zur Sicherheit des Gläubigers ein Theil der Hypothek. Sollte daher das Wasser an eine verpfändete Wiese Erdreich angesetzt haben, so gehört dieses dem Herrn der Wiese, ist aber eine Zubehör der Hypothek. Der Schuldner kann sogar die zum Unterpfand verschriebene unbewegliche Sache verkaufen, oder auf eine andere Art veräußern, z. B. vertauschen, verschenken, weiter verpfändern; denn dadurch verliehrt der Pfandgläubiger seine Hypothek nicht, weil diese als ein Realrecht auf jeden neuen Besitzer mit über geht. Verkauft der Schuldner aber eine bewegliche Sache, woran er seinem Gläubiger eine Hyporhek ertheilt hat, wider Wissen und Willen desselben, so begeht er einen Betrug oder Stellionat z). Ist aber eine einzelne zum Unterpfand mit verschriebene Sache, welche zu einem Waarenlager, Heerde, Bibliothek, kurz zu einer im Rechtsverstande ein Ganzes ausmachenden Sache gehört, von dem Schuldner verkauft worden, so haftet das Unterpfandsrecht nicht darauf, weil dieses Recht auf dem Ganzen ruht, und deswegen nicht gesagt werden kann, das Ganze sey nicht mehr vorhanden, weil einige dazu gehörende Stücke davon gekommen sind a). Daß der Schuldner

translatum est, eamque postea creditor, vel eius heredes detinere coeperunt; vindica eam rem praeside prouinciae curante vt fructuum deducta ratione, residuoque a te oblato, si fuerit satisfactum, ea possessio tibi reddatur.

z) LEYSER Spec. 235. med. 7. L. 12. C. de distr. pign L. 18. C. de pignor. L. 19. §. 5. L. 66. pr. D. de furt. L. 3. §. 1. D. de crim. stellionat.

a) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 364. LEYSER Spec. 224. m. 6. BACHOV de pignor. II. 5. n. 2. 3.

ner alle Lasten und Abgaben, welche auf der zur Hypothek verschriebenen Sache liegen, tragen, und die Unglücksfälle, welche der Sache begegnen, übernehmen müsse, versteht sich von selbst, weil er Eigenthümer bleibt, und der Gläubiger auf alle Fälle Sicherheit für seine Anforderung behalten muß. So viel von den Rechten und Verbindlichkeiten des Schuldners, welche aus einer Hypothek entstehen. Was die Rechte des Gläubigers anlangt, so ist hiervon folgendes zu merken [b]). Das größte Recht desjenigen, der von seinem Schuldner eine Hypothek zur Sicherheit seiner Anforderung erhalten hat, besteht darin, daß er, wenn ihn sein Schuldner nicht befriedigt, durch Verkauf der zur Hypothek verschriebenen Sache, oder den Früchten davon seine Befriedigung erhalten muß. Dieses desto sicherer zu erreichen, läßt man bey Eingehung des Pfandvertrages sich vom Schuldner folgende Puncte versprechen. Erstlich läßt man den Schuldner auf die Freyheit, die Sache weiter zur Hypothek zu verschreiben, Verzicht thun. Ob es gleich nicht nöthig ist, daß diese Entsagung von dem Schuldner eydlich geschieht, so muß der Gläubiger dennoch schlechterdings darauf dringen, daß das Versprechen im Hypothekenbuche ausdrücklich angemerkt wird. Die Entsagung der fernern Verpfändung dient dazu, daß der Schuldner nicht neue hypothekarische Schulden auf die Sache machen kann, welche er jetzt verpfändet hat. Denn wenn er das zu thun berechtigt ist, so kommt es leicht so weit, daß die Sache am Ende nicht zur Befriedigung aller Schulden die auf der Sache liegen, zureicht. Zweytens muß sich der

b) MADIHN Princ. Iur. Rom. P. III. S. 592. Westphal vom Pfandrechte S. 275.

Gläubiger versprechen lassen, der Schuldner wolle die ihm zur Hypothek verschriebene Sache nicht verkaufen. Wenn dieses nicht ausbedungen worden, so kann der Gläubiger die Veräußerung nicht verbiethen [c]); und wenn sie würklich geschehen seyn sollte, so hat er nach der gemeinen Meynung der Rechtslehrer den Nachtheil davon, daß er erst den Schuldner ausklagen muß, eher als er sich an die Hypothek halten kann. Hat sich nun der Schuldner des Rechts der Veräußerung begeben, so muß dieses ebenfalls der Obrigkeit angezeigt, und im Hypothekenbuche angemerkt werden. Ist dieses geschehen, so darf sie den Kauf wider Willen des ältern Gläubigers nicht bestätigen. Dieses Versprechen des Schuldners, die Sache nicht zu verkaufen, zeigt seinen großen Nutzen hauptsächlich bey einer ertheilten allgemeinen Hypothek (Handb. 4 Th. S. 628), denn jetzt ist die Sicherheit desto stärker, welche mit den allgemeinen Hypotheken verbunden ist. Ein Gläubiger kann jedoch dem Schuldner, ohne seinen Schaden erlauben, die Sache zu verkaufen; nur muß er schlechterdings verlangen, daß der Käufer seine Schuld als unbezahltes Kaufgeld übernimmt, und die Forderung ohne eine geschehene Novation ihren ersten Platz behält. Das Versprechen des Schuldners, die verpfändete Sache nicht zu verkaufen, wird in der Unterpfandsverschreibung folgendermaßen abgefaßt: sollte ich auch etwas von der zur Hypothek verschriebenen Sache, wider Willen, oder ohne vorhergehende Einwilligung meines Gläubigers veräußern, so soll diese Veräußerung null und nichtig seyn, und meinem Gläubiger frey stehen, die veräußerten Sachen

c) L. 12. C. de distr. pign. L. 15. C. de pign. L. 8. §. 15. D. quib. mod. pign. vel hyp. soluit.

Sachen von einem jeden Besitzer zurück zu fordern [d]). Drittens wird der Gläubiger desto sicherer zu seiner Bezahlung kommen, wenn er sich von dem Schuldner den Besitz der Hypothek versprechen lassen. Dieses geschieht durch die sogenannte clausula constituti possessorii, oder die Zusicherung des an der Hypothek wirklich eingeräumten Besitzes, wie man aus dem S. 42 eingerückten Formular sehen kann. Diese Clausel hat den Nutzen, daß sobald der Schuldner nicht zu rechter Zeit bezahlt, der Gläubiger für den rechtmäßigen Besitzer im Rechtsverstande (ipso iure) angesehen wird. Nun kann er gegen den Schuldner und Eigenthümer der ihm zur Hypothek verschriebenen Sache possessorisch klagen, und die Abtretung so lange verlangen, bis er völlig befriedigt worden [e]). Hat sich ein Gläubiger auf alle mögliche Art vorgesehen, daß er wegen seiner Anforderung sicher seyn möge, und der Schuldner bezahlt ihn nicht zu rechter Zeit, so kann er auf den Verkauf der ihm zur Hypothek verschriebnen Sache dringen. Was für eine Klage in diesem Falle angestellt werden muß, davon wird im letzten Paragraphen dieses Kapitels gehandelt werden. Hätte der Gläubiger nicht das Recht, auf den Verkauf der ihm zum Unterpfand verschriebnen Sache zu dringen, so würde er niemals zu seiner Bezahlung kommen. Daher sagen die Gesetze, der Schuldner könne die Veräußerung der Hypothek weder durch ein Verboth, noch durch eine

d) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 365. FABER Error Prag. D. 87. E. 2. STECK vind. anticr. c. 14. Jac. GOTHOFR. animad. c. 14. MARCKART. Interpr. I. 15. FRANZK ad tit. D. de distr. pign. n. 10. STRYCK Caut. contract. Sect. I. C. III. §. 32. 33.

e) MEVIUS Part. V. Dec. 159. 352. POSTIUS de manuten. Obs. 20. n. 12—14.

Protestation, noch durch eine Verordnung in seinem Testament hintertreiben [f]). Weder der Schuldner selbst, noch ein anderer Gläubiger desselben, der kein stärkeres Recht hat, als derjenige, welcher auf den Verkauf dringt, kann den Verkauf verhindern, wenn der Gläubiger nicht befriedigt worden. So gegründet aber das Recht des Gläubigers ist, auf den Verkauf der ihm zur Hypothek verschriebenen Sache, dringen zu können, so geht dasselbe doch nicht so weit, daß er weit mehr Sachen des Schuldners zu verkaufen berechtigt seyn sollte, als zu seiner Befriedigung nöthig sind. Wird nun der Verkauf der verpfändeten Sache würklich vorgenommen, so haben die Gesetze auf verschiedne Weise für das Beste des Schuldners, ihn gegen eine unbillige Härte seines Gläubigers sicher zu stellen, gesorgt. So darf der Gläubiger die verpfändete Sache nicht anders selbst an sich kaufen, als in besondern Fällen; nämlich alsdenn ist es erlaubt, 1) wenn der Verpfänder zu der Zeit, da der Verkauf geschehen soll, ausdrücklich erklärt, daß der Gläubiger die Sache für einen bestimmten Werth behalten möge; oder 2) er hat bereits bey der geschehenen Verpfändung versprochen, daß wenn er zu der Zahlungszeit seine Schuld nicht abtragen sollte, er damit zugleich die zur Hypothek verschriebne Sache, für den und den Preiß an ihn verkauft haben wolle [g]); oder für denjenigen Preis, welchen

f) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 365. L. 1. et 2. C. deb. vend. pign. imped. non poss.

g) L. 16. §. fin. D. de pign. — Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeue, vt, si, intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emtoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam. Hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio. Et ita D. Seuerus et Antoninus rescripserunt.

welchen alsdenn die Sache haben werde. Auch alsdenn kann 3) ein Gläubiger die ihm zum Unterpfande verschriebene Sache kaufen, wenn der Verkauf öffentlich vom Gericht geschieht, denn hier ist kein Verdacht, daß der Schuldner von dem Gläubiger gedruckt werde. Wenn der Gläubiger auf den Verkauf dringen will, so muß der Schuldner vorher nebst Ansetzung einer Zahlungszeit gemahnt, und auf den Unterlassungsfall mit dem Verkauf der Hypothek bedrohet werden [h]). Sollte jedoch in der Schuldverschreibung eine Zahlungszeit genau bestimmt seyn, so ist es nicht einmal nöthig, den Schuldner vor dem Verkauf zu mahnen, sondern man dringt gleich auf den Verkauf. Da aber der Verkauf der Hypothek eine Art der Execution ist, und mit dieser nicht eher verfahren werden darf, als wenn alles ganz deutlich und ausgemacht ist; so muß die Schuld, zu deren Sicherheit die Hypothek verschrieben worden, völlig ausgemacht und gewiß seyn, eher als zum würklichen Verkauf geschritten werden darf. Beruht also die Forderung auf Berechnungen, so muß diese erst völlig berichtigt seyn. Ist die Bezahlung auf Termine gesetzt, und es ist nicht ausdrücklich ausgemacht, daß bey Nichtbezahlung einer einzelnen Post, sogleich zum Verkauf geschritten werden soll, so darf auch der Verkauf nicht eher geschehen, als bis alle Termine abgelaufen sind, und die Bezahlung ist

h) L. 10. C. de pign. — Debitores praesentes prius denunciationibus conueniendi sunt. Igitur si conuenti debito satis non fecerit, persequenti tibi pignora seu hypothecas, quas instrumento specialiter comprehensas esse dicis, competentibus actionibus Rector prouinciae auctoritatis suae auxilium impertiri non dubitabit.

gleichwohl nicht geschehen i). Die auf verschiedne Termine gesetzte Bezahlung macht zusammen nur eine Schuld aus; und deswegen darf auch der Verkauf der Hypothek nicht eher geschehen, als bis alle Termine verflossen sind, denn alsdenn kann man eigentlich erst sagen, daß der Schuldner nicht bezahlt hat. Wer sich dieses nicht gefallen lassen will, muß sich ausdrücklich ausbedingen, daß sobald ein Termin nicht abgetragen worden, die ganze Schuld gefällig seyn soll (S. 41). Sehr oft stehen auch in der Unterpfandsverschreibung verschiedne Clauseln, wornach das Recht des Gläubigers, die Hypothek verkaufen zu können, beurtheilt werden muß. Der Schuldner kann sich ausbedingen, daß der ausbleibenden Zahlung ungeachtet, der Gläubiger nicht berechtigt seyn soll, die Hypothek zu verkaufen, oder es wird die Art und Weise genau bestimmt, wie es mit dem Verkauf gehalten werden soll, im Fall die Bezahlung nicht zu rechter Zeit geschieht. Wegen des ersten Versprechens verordnen die Gesetze: dieses solle die Kraft haben, daß der Gläubiger die Hypothek nicht eher verkaufen dürfe, als wenn er von dem Schuldner erst dreymal seine Bezahlung gefordert

i) L. 8. §. 3. D de pign. act. — Si annua, bima, trima die, triginta stipulatus, acceperim pignus: pactusque sim, vt, nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi liceret: placet, antequam omnium pensionum dies veniret, non posse me pignus vendere: quia eis verbis omnes pensiones demonstrarentur. Nec verum est, sua quaque die non solutam pecuniam, antequam omnes dies venirent. Sed omnibus pensionibus praeteritis, etiam si vna portio soluta non sit, pignus potest venire. Sed si ita scriptum sit, si qua pecunia sua die soluta non erit, statim competit ei pacti conuentio.

habe k). Diese Bedingung wird sich aber kein Gläubiger bey uns so leicht gefallen lassen, weil derjenige der Geld braucht, alles versprechen muß, was nur der Gläubiger zu seiner Sicherheit mit Recht fordern kann. Und daher läßt sich auch sehr oft der Gläubiger von seinem Schuldner versprechen: daß bey unterbliebener völliger Bezahlung die Hypothek sogleich verkauft werden kann, ohne erst den Schuldner an die Bezahlung erinnert zu haben. So strenge diese Verabredung ist, so kann der Schuldner dennoch seine Hypothek durch Bezahlung der Schuld frey machen, wenn sie noch nicht verkauft seyn sollte. Erhält der Gläubiger sein Geld, so darf er weiter nichts fordern; und er kann auch keine gesetzmäßige Ursache anführen, weswegen ihm mehr daran liege, die Hyporhek verkaufen zu lassen, als von dem Schuldner seine Bezahlung anzunehmen. Es wäre dieses Verlangen im Grunde weiter nichts, als Eigensinn, wodurch dem Schuldner ein Schade zugefügt werden würde, wovon der Gläubiger keinen erlaubten Vortheil darthun kann l). Bezahlte ein Schuldner, nachdem er gemahnt, und ihm die Bezahlung

k) L. 4. C. de pign act. — Si conuenit de distrahendo pignore, siue ab initio siue postea: non tantum venditio valet, verum incipit emtor dominium rei habere. Sed etsi non conuenerit de distrahendo pignore: hoc tamen iure vtimur, vt liceat distrahere: *si modo non conuenit, ne liceat.* Vbi vero conuenit, ne distraheretur: creditor, si distraxerit, furti obligatur: nisi ei ter fuerit denunciatum, vt soluat, et cessauerit. FABER Error. Pragm. Dec. 87. Er. 3. CANNEGIETER Obs. II 7.

l) L. 4. C. de pign. act. — Pactum vulgare, quod proposuistis, vt, si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, praedia pignori vel hypothecae data vendere liceret: *non adimit debitori aduersus* creditorem pignoratitiam actionem.

zahlung auferlegt worden, dennoch nicht, so wird zum Verkauf der Hypothek geschritten. Es haben aber die römischen Gesetze zwischen dem Privatverkauf und dem öffentlichen Verkauf einen Unterschied gemacht, und genau bestimmt, wie es in diesem Falle mit dem Verkauf gehalten werden soll. Sind unbewegliche Güther zur Hypothek verschrieben worden, und diese sollen durch einen Privatverkauf veräußert werden, so müssen selbige 1) durch einen öffentlichen Anschlag feil geboten, 2) diese Feilbietung und das auf die verpfändete Sache geschehene Geboth, muß dem Schuldner bekannt gemacht werden. Sind mehrere Eigenthümer der Sache da, so muß die Bekanntmachung allen geschehen [m]). Ruht das Unterpfand, welches der Gläubiger veräußern lassen will, auf beweglichen Sachen, so muß der Verkauf ebenfalls vorher bekannt gemacht werden, und sodann öffentlich an die Meistbietenden geschehen. Nachdem diese öffentliche Feilbietung geschehen, und der Schuldner von allem was vorgeht, benachrichtigt worden ist, so soll der Gläubiger, der einen Privatverkauf vornehmen will, noch zwey volle Jahr warten, eher als die Sache dem Käufer zugeschlagen werden darf [n]). Die Rechtslehrer sind nicht darüber

m) L. 4. C. de distr. pign. LEYSER Spec. 232. Med. 2.

n) L. 3. §. 1. C. de iur. dom. impetr. — Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pignorauerit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, siue in tempore, siue in aliis conuentionibus, ea obseruari, de quibus inter creditorem et debitorem conuentum est. Sin autem nulla pactio interceſſerit, licentia dabitur foeneratori ex denunciatione vel ex sententia iudiciali, *post biennium* ex quo atteſtatio missa, vel sententia prolata est, numerandam, eam vendere.

darüber einig, ob in dem Falle, da sich sogleich ein Käufer gefunden hat, der die Sache billig bezahlen will, dennoch zwey Jahr mit dem würklichen Verkauf gewartet werden müssen. Darin kommen sie aber überein, daß, wenn sich kein billiger Käufer gefunden, zwey Jahr nach der Feilbietung gewartet werden müssen, damit indeß der Schuldner entweder selbst Rath schaffen, oder einen billigen Käufer auftreiben können. Waren die zwey Jahre abgelaufen, und der Schuldner hatte weder Rath geschaft, noch einen annehmlichen Käufer gefunden, so erlaubte man dem Gläubiger, daß er beym Kayser bath, es möchte ihm das Eigenthum der verpfändeten Sache zugeschlagen werden. Ertheilte ihm der Kayser durch ein Rescript die Erlaubniß dazu, so mußte dennoch der Schuldner erst noch einmal vorgefordert, und ihm die Bezahlung binnen einer gewissen Zeit auferlegt werden. Bezahlte er auch jetzt noch nicht, so wurde der Gläubiger Eigenthümer der ihm verpfändeten Sache, nachdem solche vorher taxirt worden war. War das Pfand mehr werth als die Schuld betrug, so mußte der Schuldner das übrige herausbekommen. War aber die Schuld größer, als der Werth des Pfandes, so behielt der Gläubiger immer noch das Recht, den Rückstand zu fordern, wenn der Schuldner etwas bezahlen konnte: jedoch selbst alsdenn, wenn dem Gläubiger das Pfand obrigkeitlich zugeschlagen worden, konnte der Schuldner dasselbe, innerhalb zwey Jahren, gegen Bezahlung der Schuld, der Zinsen und Kosten wieder einlösen. Nach zwey Jahren aber hörte das Recht des Schuldners zur Wiedereinlösung des Pfandes völlig auf; jedoch konnte sich der Glaubiger seines unwiderruflich erlangten Eigenthums sowohl ausdrücklich als stillschweigend begeben. Letzteres geschahe alsdenn, wenn

er

er sich noch immer die Zinsen für die Schuld bezahlen ließ o). Wenn bey der Privatveräußerung der Hypothek alle Feyerlichkeiten beobachtet worden sind, welche in Gesetzen vorgeschrieben werden, so hat der Käufer ein gegründetes Eigenthumsrecht an sich gebracht, das ihm der Schuldner nicht einmal durch die Wiedereinlösung entziehen kann p). Ist aber die Sache viel zu wohlfeil verkauft worden, oder der Gläubiger hat wissentlich und aus Vorsatz zum Schaden des Schuldners, und zum Vortheil des Käufers gehandelt, welches letzterer auch gar wohl gewußt, so geben die Gesetze dem Schuldner die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Erst muß er gegen den Gläubiger auf den Ersatz alles Schadens dringen, wo er die aus dem Pfandcontract entspringende Klage (act. pign. dir.) anstellt. Sollte aber der Gläubiger nichts wieder ersetzen können, so kann der Käufer, der etwas von dem Betrug des Gläubigers gewußt hat, angehalten werden, das an sich gekaufte Pfand herauszugeben, und er bekommt nur alsdenn sein Geld und die Auslagen wieder, wenn der Schuldner durch den Empfang seiner Sache wirklich gewinnt, sonst bekömmt der Käufer zur Strafe, daß er um den Betrug gewußt hat, gar nichts

o) L. 2. C. de iure dom. imp. — Si creditor pignus iure dominii a nostra serenitate possidere petiit, et post formam rescripti alio anno vsuras a vobis accepit, a beneficio impetrato recessisse videtur. HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 370.

p) L. 7. C. de distr. pign. — Si cessante solutione, creditor non reluctante lege contractus, ea, quae sibi pignori nexa erant, distraxit: reuocari venditionem iniquum est, cum, si quid in ea re fraudulenter, fecerit, non emtor a te, sed creditor conueniendus est.

nichts wieder q). Auf den Fall, daß bey den Privatverkauf des Pfandes eine nothwendige Erforderniß fehlt, woraus eine Nichtigkeit entsteht, braucht der Schuldner nicht einmal die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen, sondern er stellt die Nichtigkeitsklage gegen den Käufer an, womit die Reivindication verbunden wird. Die Veräußerung ist alsdenn nichtig, wenn der Gläubiger schlechterdings kein Recht zum Verkauf hatte. An einem solchen Rechte aber fehlt es ihm z. B. wenn er das Pfand verkaufte, da doch die Zeit der Bezahlung noch nicht vorhanden gewesen, oder weil die zur Bezahlung der Schuld ertheilte Frist noch nicht abgelaufen, oder weil er versprochen, er wolle mit dem Verkauf noch eine bestimmte Zeit, z. B. 2 Jahr, inne halten r). Hat hingegen der Gläubiger, beym Verkauf der ihm zur Sicherheit verschriebnen Hypothek alle Feyerlichkeiten beobachtet, welche nach Vorschrift der Gesetze dabey vorgenommen werden sollen, so verliehrt er nach geschlossenem Kauf und geschehener Uebergabe, alle Ansprüche an der Sache, und der Käufer wird Eigenthümer derselben. Und so hört auch von der Zeit der Uebergabe an, das Eigenthumsrecht des Schuldners an der verpfändeten Sache auf. Wird jedoch der Kauf in der Folge ungültig,

q) L. 1. C. si vend. pign. — Praeses prouinciae aditus, si fuerit probatum, tuum creditorem, cui ius distrahendi pignora fuit, dolo malo fundum vendidisse: quanti tua intereſt, restituere tibi eumdem creditorem iubebit. Quod si de bonis creditoris condemnati solui pecunia non potuerit et probatum fuerit, emtorem *mala fide* emisse: offerente te pecuniam cum vsuris, quanti fundus venit, restituere tibi fundum cum fructibus malae fidei emtorem iubebit.

r) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 372.

gültig, so wacht damit zugleich sein ehemaliges Eigenthumsrecht wieder auf s). Der Gläubiger wendet das, für die verpfändete Sache, durch den Kauf gelößte Geld zu seiner Bezahlung an; und zwar auf die Art, daß er, wie bey andern Zahlungen Rechtens ist, zuerst die Zinsen rechnet, und sodann erst das gelehnte Capital selbst. Für den Schuldner wäre es zwar vortheilhafter, wenn mit der Bezahlung des Capitals der Anfang gemacht werden müßte, und sodann würden erst die Zinsen bezahlt. Dadurch würde er viel gewinnen, weil von Zinsen nicht wieder Zinsen bezahlt werden dürfen; folglich hörte die Bezahlung der Zinsen auf, sobald das Capital abgetragen worden. Diese Einrichtung würde aber dem Gläubiger schaden, denn es würden die Schuldner jederzeit zuerst das Capital abtragen wollen, und die Zinsen zuletzt lassen. Nur alsdenn muß sich der Gläubiger gefallen lassen, daß das Capital zuerst gerechnet wird, und die Zinsen hernach, wenn der Schuldner blos vermöge einer natürlichen Verbindlichkeit zu Bezahlung der Zinsen verpflichtet ist, weil hier der Gläubiger eigentlich gar nicht auf die Zinsen klagen kann. Sollte es jedoch in diesem Falle der Schuldner nicht ausdrücklich erklärt haben, daß er die bezahlte Post auf das Capital abtragen wolle, so ist der Gläubiger berechtigt, sie ebenfalls auf die Zinsen

s) L. 10. §. 1. quib. mod. pign. — Creditor quoque si pignus distraxit et ex venditione *recessum* fuerit, vel homo redhibitus: *dominium ad debitorem reuertitur*. Idemque est in omnibus quibus concessum est, rem alienam vendere. Non enim quia dominium transferunt, ideo ab emtore ius eius recipiunt: sed in pristinam causam res redit, resoluta venditione.

Zinsen abzurechnen [t]). Ist für die verkaufte Hypothek nicht so viel gelößt worden, als zu Tilgung der ganzen Schuld erfordert wird, und der Gläubiger hat auch bey dem Verkauf derselben keinen Fehler begangen, so kann er von des Schuldners übrigen Vermögen immer noch den Rückstand fordern [u]). Sollte er aber mehr aus der verkauften Hypothek gelößt haben, als er zu fordern hatte, so muß er den Ueberschuß an den Schuldner zurück geben. Behält er das Geld einige Zeit in Händen, nutzt es, oder weigert sich blos ohne hinlängliche Ursache der Zurückgabe, so muß er sogar Zinsen davon bezahlen [x]). Wenn Jemand eine verpfändete Sache gekauft hat, so kann sichs in der Folge zutragen, daß ein dritter diese Sache als sein Eigenthum in Anspruch nimmt, und der Käufer muß sie auch wirklich herausgeben. Hier muß sich der Käufer an den Schuldner halten, und nicht an den Gläubiger, der die Hypothek verkauft hat. Aber die Regel, daß der Gläubiger dem Käufer in diesem Falle nicht den Schaden zu ersetzen braucht, wenn er eine ihm zur Hypothek verschriebene

t) L. 35. pr. D. de pign. act. — Cum et *sortis* nomine, et *vsurarum*, aliquid debetur, ab eo, qui sub pignoribus pecuniam debet: *primum* vsuris, quas iam tunc deberi constat: deinde, si quid supereſt, *sorti* accepto ferendum est. Nec audiendus est debitor, si cum parum idoneum se esse sciat, eligit, quo nomine exonerari pignus suum malit.

u) L. 3. C. de distr. pign. — Hypothecis vel pignoribus a creditoribus venundatis, *in id, quod deest, aduersus reum*, vel fideiussorem eius actio competit.

x) L. 6. §. 1. D. de pignor. act. — Si *creditor* pluris fundum pignoratum vendiderit, si id foeneret, vsuram eius pecuniae praestare debet ei, qui dederit pignus. Sed et si ipse vsus sit ea pecunia, vsuram praestari oportet. Quod si eam depositam habuerit, vsuras non debet.

bene Sache rechtmäßig verkauft hat, sondern daß sich der Käufer alsdenn, wenn ihm das gekaufte Pfand, von einem Dritten, durch Urthel und Recht abgenommen worden, an den Verpfänder halten müsse, hat verschiedne Ausnahmen. Nämlich 1) alsdenn muß der Gläubiger selbst für allen Schaden stehen, wenn er sich für den Eigenthümer der Sache ausgegeben. Jetzt hat er unrecht gethan. Denn der Käufer würde die Sache vielleicht gar nicht gekauft haben, wenn er gewußt hätte, daß das eine versetzte Sache sey. 2) Muß der Gläubiger für den Schaden stehen, wenn er es gewußt, daß sein Schuldner ihm eine Sache verpfändet habe, davon er das Eigenthum nicht hatte; 3) wenn er ausdrücklich versprochen y) dafür zu stehen, daß dem Käufer die Sache nicht abgefordert werden solle; 4) wenn er selbst kein Pfandrecht an der Sache gehabt; und dennoch verkaufte er dieselbe als eine ihm zur Hypothek verschriebene Sache; 5) muß der hypothekarische Gläubiger den Käufer schadlos halten, wenn er ein schwächeres Recht an der Sache hatte, als andere, und diese verlangen nachher die Sache. So viel von der Veräußerung einer Hypothek, welche nach dem römischen Rechte, von dem Gläubiger selbst unternommen werden konnte. Da sie aber, wie wir gesehen

y) L. 2. C. cred. euict. pignor. non deb. — Si a creditrice iure pignoris fundos obligatos pater tuus comparauerat: euictis praediis ita demum petitionem aduersus creditricem habere iure potes, si, vel cum venderit, de euictione rei *promisit;* vel etiam *dolo malo*, cum sciens prudensque esset, rem sine vitio non esse, eam patri tuo, cui successisti venumdedit. Nam sicuti genus huiusmodi contractus insciium creditorem vinculo euictionis non adstringit: ita eum, qui fraudem admisit, vel deceperit, non excusat.

gesehen haben, mit so vielen Weitläuftigkeiten geschehen muß, so werden heutzutage z) Hypotheken mehrentheils öffentlich verkauft.

§. 6.

Von privilegirten und nicht privilegirten Hypotheken.

Die Hypotheken sind deswegen durch die Gesetze eingeführt worden, daß derjenige, welcher von dem andern etwas zu fordern berechtigt ist, versichert seyn kann, er werde zu der gehörigen Zeit, wegen seiner Anforderung ganz gewiß befriedigt werden. Man hat ferner verordnet, daß solche Forderungen, zu deren Sicherheit keine Hypothek bestellt worden, nicht eher befriedigt werden sollen, als bis diejenigen Schuldner welche Hypothek haben, befriedigt sind. Da es aber geschehen kann, daß Jemand so viel Schulden macht, daß sein Vermögen nicht einmal zur Befriedigung solcher Anforderungen zureicht, zu deren Sicherheit eine Hypothek bestellt worden ist, so haben die Gesetze auch auf diesen Fall gewisse Regeln festgesetzt, wie bey der Befriedigung der hypothekarischen Gläubiger verfahren werden soll. Diese Regeln enthalten unter andern Vorschriften auch eine gewisse Ordnung a), nach welcher die hypothekarischen Gläubiger bezahlt werden sollen. So lange das Vermögen eines Schuldners, zur Befriedigung aller seiner hypothekarischen Gläubiger zureicht, finden diese Regeln keine Anwendung, denn jetzt hat jeder das Recht seine völlige Befriedigung zu verlangen.

z) MADIHN Princ. Iur. Rom. P. III. S. 593.

a) Die Ordnung der Gläubiger bey dem über ihres Schuldners Vermögen entstandenem Gantproceße (Concursproceße) nach dem gem. und Würtemb. Rechte, von C. G. Gmelin, Herz. Würtemb. Rath und Prof. in Tübingen, dritte Ausg. 1783.

langen. Wenn aber der Schuldner nicht mehr so viel im Vermögen hat, daß alle seine hypothekarischen Schulden bezahlt werden können, alsdenn fragt sichs, wer soll nun zurück stehen? Diese Frage bestimmen die römischen und teutschen Gesetze genau. Es ist aber die ganze Sache äußerst verwickelt, und sie gehört auch nicht nach ihrem ganzen Umfange hierher, sondern sehr viel davon kann nicht anders als beym Concursproceße vorgetragen werden. Damit man die hierher gehörenden Grundsätze genau versteht, muß man folgenden Satz wissen: es giebt sehr viele Anforderungen, welche befriedigt werden müssen, eher als alle diejenigen Gläubiger eines Schuldners etwas bekommen, die eine Hypothek an seinem Vermögen haben. Diese Gläubiger sind eigentlich gar keine hypothekarische Gläubiger, sondern ihre Rechte gründen sich auf andere Ursachen, nämlich entweder auf das Eigenthumsrecht, oder auf eine ausdrückliche oder stillschweigende Verordnung der Gesetze, daß die und die Schuld vor den hypothekarischen befriedigt werden soll b). Man nennt dieses die Absonderung (ius separationis). Dergleichen Posten machen eben die hypothekarischen Schulden oft so unsicher; und ihrentwegen kann man einen großen Theil eines Capitals verlieren, welches unter den hypothekarischen Schulden den ersten Rang hat. Dieses geschieht nämlich alsdenn, wenn das Vermögen des Schuldners nicht so weit zureicht, daß eine solche hypothekarische Schuld bezahlt werden kann. Um die wahre Natur des Absonderungsrechts kennen zu lernen, muß man folgendes in Erwägung ziehen. Wir haben gehört (S. 2), daß derjenige, der dem andern eine Hypothek überlassen will, Eigenthümer

b) Gmelins Ordnung der Gläubiger S. 3. und 11.

genthümer der zum Unterpfande verschriebenen Sache seyn, und überdieses das Recht haben muß, dieselbe nach seinem freyen Willen zu veräußern. Fehlt ihm eines von diesen Rechten, so darf er keine Hypothek bestellen, folglich erlangt auch keiner seiner Schuldner einen Vortheil davon, wenn er auch auf solche Dinge eine Hypothek ertheilt hätte; und wenn es mit der Zeit so weit kommt, daß die mit der Hypothek beschwerten Güther veräußert werden sollen, wie wir im vorigen Paragraphen gesehen haben, so können die wahren Eigenthümer auf die Ablieferung der ihnen zugehörenden Sachen dringen, und dieses nennt man das Absonderungsrecht c). Der Grund des hier eintretenden Absonderungsrechts ist also das Eigenthumsrecht, es mag ein volles, oder nicht volles, ein wahres oder erdichtetes, oder nützliches seyn. Daher werden auch alle diejenigen Klagen gebraucht, die aus den verschiednen Arten des Eigenthumsrechts entstehen (Handb. 4 Th. S. 407). Hierher gehören nach Verschiedenheit der Fälle, die Reivindication, die auf die Theilung der gemeinschaftlichen Sache gehende Klage (act. com. diu.), die Klage, wodurch man seinen Antheil an der Erbschaft fordert (act. fam. ercisc.), die auf die Berichtigung der Grenzen gehende Klage (act. fin. reg.), u. s. f. d). Unter denjenigen Personen welche die Absonderung gewisser Sachen verlangen, gehört hauptsächlich die Ehefrau. Diese kann nämlich in solchen Gegen-

 den,

c) L. 5. §. 18. D. de trib. act. Nov. 91. c. 1. Brunnemann Proc. conc. cred. c. 5. §. 5. Leyser Spec. 419. Huber ad Tit. qui pot. in pign. n. 1.

d) Brunnemann Proc. cred. c. 5. §. 9. Balthasar Collat. iur. Rom. cum Sax. quoad classif. cred. pag. 25. Grass Prax. ant. mod. act. for. c. 5. sect. 2. §. 4. L. 1. D. fin. reg.

den, wo keine allgemeine Gütergemeinschaft unter den Eheleuten (Handb. 3 Th. S. 315) eingeführt ist, alles und jedes, was ihr eigenthümlich zugehört, aus dem Vermögen des Mannes verlangen, es sey Brautschatz, oder Paraphernalvermögen, oder vorbehaltenes Guth e), nur müssen diese Dinge in Natur vorhanden, und nicht etwa vom Manne bereits veräussert worden seyn, oder sie sind zu Grunde gegangen. Bey Bestimmung des wahren Werths dieser Dinge, sieht man auf denjenigen Preis, den sie jetzt haben, da die Absonderung verlangt wird. Sollten sie ohne Zuthun des Mannes besser geworden seyn, so kann er nichts dafür fordern, sondern dieser Vortheil kommt der Frau als Eigenthümerin zu Gute, weil jeder Eigenthümer alle Zubehör seiner Sache, die ohne fremden Aufwand entstanden ist, bekömmt. Hat hingegen der Mann Auslagen gemacht, und diese waren erlaubt, so muß ihm die Frau dieselben erstatten. Es wird dabey auf den Unterschied des Aufwandes gesehen, ob es nothwendige, nützliche oder zum Vergnügen gereichende Auslagen (imp. nec. vtil. et volupt.) gewesen sind (Handb. 3 Th. S. 242). Da also das Eigenthum der Frau an ihrem Vermögen die Ursache ist, um welcher willen sie durch die Absonderung dergleichen Sachen vor den hypothekarischen Gläubigern verlangen kann, so folgt ganz offenbar, daß sie diese Absonderung nicht weiter verlangen darf, wenn ihr Eigenthumsrecht aufgehört hat. Dieses ist aber in allen den Fällen geschehen, wo

e) Arg. L. 1. C. de priu. fisc. L. 1. C. ad leg. Iul. de vi publ. L. 30. C. de iure dot. L. 2. C. ne vx. pro mar. L. 9. C. de bon. proscr. Nov. 91. c. 1. Mencken D. de reb. vxor. extant. a conc. cred. sep. §. 4. Harprecht Resp. 92. n. 22 et 315.

wo der Mann Eigenthümer von den Sachen der Frau geworden ist. Dieser Fall tritt z. B. ein, wenn der Brautschatz in verzehrbaren Sachen bestanden, oder wenn er deswegen taxirt worden, daß der Mann ihn als verkauft erhalten möge (Handb. 3 Th. S. 240). Eine Ehefrau genießt auch das Absonderungsrecht [f]) wegen ihres Mahlschatzes, wegen der Hälfte an den Hochzeitsgeschenken, und wegen der Widerlage (Handb. 3 Th. S. 265). Daß die Frau das Absonderungsrecht nicht in Rücksicht auf solche Sachen ausüben könne, welche mit dem ihr gehörenden Gelde angekauft worden, folgt aus dem zeither gesagten ganz deutlich, weil dieses Recht nur auf solche Dinge geht, welche sie selbst zum Manne gebracht hat. Außer der Frau genießen die Kinder das Absonderungsrecht, wegen ihres eigenthümlichen Vermögens, welches im römischen Rechte unter dem Namen peculium castrense, quasi-castrense, und aduentitium (Handb. 3 Th. S. 483) bekannt ist [g]). Man macht dabey keinen Unterschied, ob es von der Mutter selbst, oder von ihren Anverwandten herrührt. Selbst diejenigen Sachen gehören hierher, welche den Kindern zur Sicherheit ihres vom Vater verwalteten Vermögens, als ihr Eigenthum überlassen worden [h]). Wegen des vom Vater herrührenden Vermögens (pecul. profect.), können die Kinder nur alsdenn die Absonderung verlangen, wenn ihnen der Vater das Eigenthum entweder ausdrück-

f) LAUTERBACH Coll. theor. pract. ad tit. de iure dot. §. 41. L. 29. C. de iure dot. NOV. 97. c. 6. §. 1.

g) HARPRECHT Conf. Tub. 59. n. 14. SCHOEPFF Dec. 67. n. 1. HELLFELD D. de diuerso pignor. iure lib. in bonis parent. compet. §. 38.

h) Hofmanns teutsche Reichspraxis 2. Th. §. 1267.

lich oder stillschweigend (Handb. 3 Th. S. 486) überlassen haben sollte. Dieses kann durch eine Schenkung oder dadurch geschehen seyn, daß er den Kindern diese Dinge bey der Loslassung aus der väterlichen Gewalt, nicht genommen hat. Sollte der Vater etwas von dem Vermögen der Kinder widerrechtlich veräußert haben, so fordern es die Kinder zurück, sogar ohne Ersatz des Werths, wenn die Veräußerung null und nichtig ist i). Mit der Erstattung des auf die Sachen der Kinder vom Vater gemachten Aufwandes wird es eben so gehalten, wie bey der Ehefrau k). Drittens geniessen das Absonderungsrecht alle diejenigen, welche dem Schuldner etwas übergeben haben, nicht in der Absicht, daß er Eigenthümer davon werden sollte, sondern aus andern Ursachen. Hierher gehört 1) der Bevollmächtiger (Mandans), der seinem Bevollmächtigten etwas zugestellt, damit er seine Geschäfte verrichten mögte, z. B. es giebt Jemand einem andern etwas in Commißion, daß er es verkaufen soll, oder giebt ihm eine Summe Geld, die er an Jemanden auszahlen, oder dafür er etwas einkaufen soll. Hierher gehört a) der Fall, wenn ich einem Handwerksmann etwas zustelle, daß er mir etwas davon machen soll, z. B. dem Schneider gebe ich Tuch zu Verfertigung eines Mantels, oder ich bitte Jemanden, daß er mir eine Sache aufbewahren soll. Kurz, die Absonderung hat in allen den Fällen statt, wo der Schuldner nicht Eigenthümer einer Sache werden sollen noch können. Daher kommt das Absonderungsrecht allen denjenigen

i) L. 4. C. de bon. quae lib. HARPRECHT Conf. nov. 69. n. 106. SCHOEPFF Dec. 67. n. 3.

k) RIVINVS D. de patre vel marito impensas in perf. resue vxoris vel liber. fact. repet.

gen zu statten, deren Sachen, ohne daß man gesetzmäßig zu Werke gegangen, veräußert worden. Dieser Fall tritt ein, wenn Sachen der Unmündigen oder Minderjährigen, der Städte, Gemeinen, Kirchen und milden Stiftungen veräußert worden sind, oder wenn es Fideicommisgüther, oder Lehngüther waren, oder eine Frauensperson hat an einem solchen Orte, wo sie einen Curator haben muß, eine unbewegliche Sache veräußert [l]). Außer dem Absonderungsrechte giebt es noch verschiedene Anforderungen, welche eher berichtigt werden müssen, als die Reihe an die hypothekarischen Schulden kömmt. Hierher gehören die Leichenkosten, die Concurskosten, das Liedlohn, u. s. f. Diese Materie gehört in den Concursproceß. Was nun die Grundsätze von den privilegirten Hypotheken, und solche, die keinen Vorzug haben, anbetrift, so ist hiervon folgendes zu bemerken [m]). Sollte jemand, entweder sein ganzes Vermögen, oder nur eine gewisse Sache, seinen Schuldnern, es mögen ihrer so viel seyn, als es wollen, zu gleicher Zeit, zum Unterpfande verschrieben haben, so können sie sich zwar sämmtlich durch die Veräußerung der Hypothek bezahlt machen; diese Verpfändung hat aber doch verschiedne Würkungen, welche anders sind, in Rücksicht auf solche Gläubiger, die keine Hypothek haben, und wieder anders, wenn man auf die Gläubiger unter einander sieht. Wer keine Hypothek an dem Vermögen seines Schuldners hat, erhält seine Befriedigung nicht eher, als bis die hypothekarischen Gläubiger weiter

l) Gmelins Ordnung der Gläubiger S. 54.

m) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2. Th. S. 377. MADIHN Princ. Iur. Rom. P. III. S. 590. Westphal vom Pfandrechte. S. 210.

nichts zu fordern haben; unter mehrern hypothekarischen Gläubigern geht aber der vor, welcher zugleich im Besitz des Pfandes ist n). Ist hingegen die Verschreibung zur Hypothek auf die Art geschehen, daß dabey ausdrücklich festgesetzt worden, daß jeder sein Pfandrecht nur auf einen bestimmten Theil des Unterpfandes erhalten soll, so kommt auf den Besitz nichts an, sondern jeder hält sich an seinen Antheil. Haben aber mehrere Gläubiger eines Schuldners, zu verschiedenen Zeiten eine Hypothek an dem Vermögen desselben erhalten, so sagen die Gesetze, eine ältere Hypothek hat den Vorzug vor einer spätern o). Hier kommt also alles darauf an, welche Hypothek älter, und welche jünger ist. Ist die Verpfändung zur Sicherheit einer solchen Anforderung geschehen, welche bereits zur Zeit der Verpfändung ihre volle Gültigkeit hatte, so ist bey Bestimmung der Frage, welches die ältere Hypothek sey, keine Schwierigkeit. Wenn aber die Schuld erst nach

n) de PUFENDORF Obs. Tom. IV. Obs. 114. S. 214. MERILL. Obs. II. 29. L. 10. D. de pign. — Si debitor res suas duobus simul pignori obligauerit, ita vt vtrique in solidum obligatae essent, singuli in *solidum* aduersus extraneum Seruiana vtentur. Inter *ipsos* autem si quaestio moueatur, *possidentis* meliorem esse conditionem, dabitur enim possidenti haec exceptio: si non conuenit, vt eadem res mihi quoque pignori esset. Si autem id actum fuerit, vt pro partibus res obligarentur, vtilem actionem competere, et inter ipsos et aduersus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem apprehendant singuli.

o) L. 8. C. qui pot in pign. — *Diuersis* temporibus *eadem* re duobus iure pignoris obligata, eum, qui prior data mutua pecunia pignus accepit, *potiorem* haberi, certi ac manifesti iuris est: *nec alias* secundum creditorem distrahendi potestatem huius pignoris consequi, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas.

nach bereits geschehener Bestellung der Hypothek entstanden ist: so kommt es darauf an, ob es bloß von dem freyen Willen der Contrahenten abgehangen, daß die Schuld noch nicht entstanden, oder ob der Gläubiger wenigstens selbst Schuld daran gewesen, daß die Forderung, nach bereits geschehener Verpfändung, nicht eher ihre Wirklichkeit erhalten hat, oder ob der Gläubiger von seiner Seite nichts dazu beytragen können, daß die Forderung früher entstanden, und daß es überhaupt nicht von der Willkühr des einen Theils abgehangen, daß aus der ganzen Schuld nichts geworden ist. In diesem letzten Falle geht das Pfandrecht gleich von der Zeit der Unterpfandsverschreibung an, in den erstern hingegen erst von der Zeit, da die Schuld ihre Würklichkeit hatte p). Sollte die Entstehung der Schuld auf die Existenz einer Bedingung ankommen, und die Bedingung ist eingetroffen, so geht die Hypothek von der Zeit an, da die Schuld verabredet worden, und die Bedingung wird als gleich geschehen angenommen q). Eine Hypothek die in der Folge aufs neue bestätigt worden, geht nicht von der Zeit der Bestätigung an, sondern von der ersten Unterpfandsverschreibung. Sollte der Fall vorkommen, daß zwey oder mehrere Gläubiger sich zu gleicher Zeit gemeinschaftlich eine Hypothek ertheilen lassen, der eine aber wegen einer Schuld die eher berichtigt werden muß, als des andern seine, so sagen die Gesetze: hier gehe die erste Hypothek der letztern vor r). Daß in dem Falle,

p) Herr Prof. Westphal vom Pfandrechte S. 213. HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2. Th. S. 378. PISTOR Quaest. Iur. III. 14.

q) de PVFENDORF Obs. II. Obs. 168.

r) L. 13. D. qui pot. in pign.

Falle, wenn ein und ebenderselbe Gläubiger von seinem Schuldner, wegen verschiedener nach einander entstandener Forderungen, für jede eine Hypothek erhalten, zwischen diesen aber einem dritten ebenfalls ein Unterpfand bestellt worden, dieses den später erhaltenen Hypotheken des andern Gläubigers, vorgehen müsse, braucht nicht erst bewiesen zu werden, indem hier die Zeit alles bestimmt. Das Alter einer Hypothek wird am besten aus dem gerichtlichen Original über die geschehene Bestellung einer Hypothek bewiesen s). Die zeither erläuterte Regel: daß eine ältere Hypothek der Regel nach allen spätern vorgeht, hat sehr viele Ausnahmen; denn alle sogenannten privilegirten Hypotheken gehen den nicht privilegirten vor; und nur bey solchen privilegirten Hypotheken geht es nach der Zeitordnung, welche gleiche Vorrechte genießen. Man sieht bey den nicht privilegirten gar nicht darauf, ob sie gerichtliche oder außergerichtliche, ausdrückliche oder stillschweigende Hypotheken, älter oder später sind t). Das Wesen einer privilegirten Hypothek besteht also darin, daß derjenige Gläubiger, dessen Anfoderung eine solche Hypothek hat, seine Befriedigung vor allen übrigen hypothecarischen Gläubigern bekommen muß, die nicht ebenfalls eine gleich starke privilegirte Hypothek haben. Ohne ein ausdrückliches Gesetz darf kein Gläubiger seiner Hypothek einen solchen Vorzug beylegen; und wenn auch die Gesetze einem Gläubiger ein einfaches Privilegium (Handb. 1. Th. S. 295.) und eine einfache Hypothek beylegen; oder wenn

s) LEYSER Spec. 486. Med. 8.

t) L. 5. 6. D. L. 7. C. qui pot. in pign. STRVV. Exerc. 44. th. 49. BOEHMER de diuerso pign. et hypoth. iure c. 1. §. 13.

wenn gleich derjenige, der ein einfaches Privilegium hat, sich ausdrücklich ein Unterpfand ausbedungen, oder wenn der, dem die Gesetze eine stillschweigende, einfache Hypothek beylegen, sich überdieß noch eine öffentliche Hypothek bestellen läßt, so bekommt er dennoch durch alle diese Umstände keine privilegirte Hypothek; sondern dieser große Vorzug muß schlechterdings nach dem Willen der Gesetze mit der Forderung selbst verbunden seyn, oder es muß diejenige Handlung vorgehen, welche die Gesetze voraussetzen, wenn ein privilegirtes Unterpfand statt haben soll u). Eine privilegirte Hypothek, kann sich auch kein Gläubiger, mit einiger Wirkung, gegen die übrigen Gläubiger ausbedingen x); so wie auch jeder, der diesen Vorzug zu haben behauptet, die dazu von den Gesetzen erforderte Handlung oder Eigenschaft beweisen muß. Da die privilegirten Hypotheken einen so großen Vorzug verschaffen, so will ich sie anführen und kurz erläutern. Wer die davon handelnden Rechtswahrheiten gehörig verstehen will, muß die zeither vorgetragenen Grundsätze zu Hülfe nehmen. Wir haben gesehen (Handb. 4. Th. S. 627), daß die Hypotheken in allgemeine und besondere eingetheilt werden. Jede Classe von diesen Hypotheken begreift einige privilegirte Hypotheken unter sich, wie wir gleich sehen werden. Zuerst von den privilegirten Hypotheken, welche sich über das ganze Vermögen eines Schuldners erstrecken. Nach dem römischen Rechte hat die Kriegscasse, an dem sämmtlichen Vermögen eines Primipils, eine privilegirte Hypo-

u) Koch c. Resp. Rumpel D. de pecunia ad emend. cred. priuil. et non priu. § 6. Lauterbach D. de priuilegio creditor. perf. ſimpl.

x) Mevius Part. VII. Dec. 178. n. 1. et 12.

Hypothek y). Unter einer Primipilarschuld verstand man bey den Römern den Fall, wenn der Primipilus cohortalium (der Kriegscommissair) für die Soldaten Proviant anschaffen sollen, und dieses nicht gethan hatte. Die Kriegscasse erlangte deswegen an dem ganzen Vermögen des Primipils eine so starke Hypothek, daß alle übrigen Gläubiger derselben nachstehen musten, wenn das Vermögen nicht zureichte; sogar das sämmtliche Vermögen der Frau des Primipils wurde angegriffen, wenn weder ihr Mann noch die Bürgen die er gestellt hatte, bezahlen konnten z). Das Beste des Staats erfordert es, daß man dergleichen Kriegsgelder auf alle mögliche Weise sicher stellt. Denn wenn die Armee nicht mit Proviant versorgt wird, kann sehr leicht ein höchst gefährlicher Aufstand unter den Soldaten entstehen. Selbst das Vermögen der Kinder des Proviantcommissairs wurde angegriffen, wenn der Vater die Kriegscasse betrogen hatte. Die Rechtslehrer a) behaupten, daß auch in Teutschland die Kriegscasse eine eben solche privilegirte Hypothek, wie bey den Römern, an dem sämmtlichen Vermögen der Proviant- und Kriegscommissairs, wegen jeder aus ihrer Verwaltung herrührenden Schuld habe, weil nirgends der Kriegscasse dieses wichtige Vorrecht genommen sey,

y) BRAVN de debito primipilari. Erl. 1753. L. 3. C. de primipil. L. 4. C. in quib. caus. pign.

z) SCHLITTE de eo, qui posterior tempore, prior iure c. 2. §. 4. HENNE D. de iure fisci et hypoth. tacita fisco in bon. administr. rer. fisc. comp. §. 16. BRAVN D. de debito primip. §. 8. HELLFELD D. de hyp. fisci, praef. in bon. post. contr. quaes. §. 11.

a) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2. Th. S. 384. BRAVN de debito primipil. §. 18. LAVTERBACH D. de tac. hypoth. §. 18.

sey, und überdieses eben die Gründe bey uns eintreten, welche bey den Römern zu Einführung dieses Vorrechts Gelegenheit gegeben haben. Denn daß der Kayser Justinian, dieses große Vorrecht der Kriegscasse, in der 97. Novelle im 4. Kap. aufgehoben habe, wie einige Rechtslehrer [b]) zu behaupten gesucht haben, läßt sich nicht beweisen. Freylich darf man dieses Privilegium nicht zu weit ausdehnen, weil dieses mit der Natur eines Privilegii streitet; und daher gehen diejenigen zu weit, welche auch andern Cassen die nämliche privilegirte Hypothek beylegen, welche die Kriegscasse hat; es mag aus diesen Cassen das Geld in die Kriegscasse bezahlt werden, oder nicht; vielweniger ist den Kirchencassen, unter dem Vorwande einer himmlischen Ritterschaft, diese privilegirte Hypothek zuzusprechen, wie es beym Freyherrn von Cramer [c]) geschieht. Eine gleich starke privilegirte Hypothek wird im römischen Rechte der Staatscasse, oder wie sie unter den spätern Kayfern hieß (Handb. 4. Th. S. 72) dem Fiscus beygelegt, wenn Jemand öffentliche Abgaben, es mochten ordentliche oder außerordentliche seyn, schuldig geblieben war [d]). Dieses Vorrecht der Staats-

b) VOET ad Pand. lib. 20. tit. 4. n. 22. EISENHARDT D. de priuil. eius, qui ad emend. milit. credidit.

c) de CRAMER Obseru. Iur. vn. Tom. IV. Obs. 1265. S. 807.

d) L. 1. C. si propt. publ. pensit. L. 1. C. in quib. caus. pign. tac. contr. HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2. Th. S. 384. BECKMANN de aestimis. §. 52. HENNE D. de Iure fisci et hypoth. tac. in bon. admin. rer. fisc. comp. §. 12. et 18. KLÜGEL D. de loco vectigal. vel. al. oner. real. et pers. in conc. cred. attrib. §. 9. HELFELD de hyp. fisci, praes. in bon. post. contr. quaes. §. 12.

Staatscasse erstreckt sich auf alle ordentliche und ausserordentliche Steuern, sie mögen gefordert werden unter welchem Namen sie wollen; und dieses Vorrecht hat der Fiscus an dem Vermögen desjenigen, welcher die Steuern als Unterthan zu bezahlen hat, desgleichen an dem ganzen Vermögen dessen, der, indem er ein Guth kauft, die Bezahlung der schon verfallenen Steuern über sich nimmt; nicht aber an dem Vermögen des Steuereinnehmers, der von seiner Verwaltung etwas schuldig geblieben. In dessen Vermögen hat der Fiscus bloß ein einfaches Unterpfand e). Dieses vorzügliche Recht welches die Steuer genießt, kommt ihr ohne Einschränkung auf eine gewisse Anzahl Jahre, wenn nicht die Landesgesetze etwas anders verordnen, zu statten. Nach dem römischen Rechte halten die mehresten Rechtslehrer dafür, sey das privilegirte Unterpfand des Fiscus wegen der Steuern, nur auf diejenigen Güther gegangen, von welchen die Steuern abgegeben werden müssen, und auf dem übrigen Vermögen habe blos eine einfache Hypothek gelegen. Die auf die Einforderung der Steuern verwendeten Kosten genießen eben die privilegirte Hypothek, welche die Steuern hat, aber Verzugszinsen dürfen nicht gefordert werden f). Daß derjenige, welcher im Namen des Fiscus die Steuern fordert, sie gehörig beweisen müsse, welches durch förmliche Extracte aus den Steuerregistern, Abrechnungsbüchern, Protocollen und andern öffentlichen Urkunden geschieht, versteht sich von selbst.

e) MEVIVS Part. IV. Dec. 253. BERGER Oecon. Iur. Lib. II. tit. 5. th. 3. Not. 5. S. 378. edit. nouiss.

f) BALTHASAR Collat. iur. de classif. cred. S. 36. MOEGLING D. de fauore dubio vsurarum in concursu cred. qu. 2. KLÜGEL D. de loco vectig. §. 15. SCHMID de iure prael. fisco int. tribut. §. 21.

selbst. Wenn eine Privatperson, oder auch eine Stadtobrigkeit für Jemanden die Steuern bezahlt hat, so kommt ihnen deswegen keine privilegirte Hypothek zu statten, wenn sie ihre Auslage wieder fordern; es müßte denn ein Landesgesetz dieses ausdrücklich verordnen, oder Jemand im Nothfall, oder während des Concursproceßes die Steuern für den Schuldner bezahlt haben, oder die Steuer hat ihre Rechte dem Bezahlenden ausdrücklich abgetreten g). Auch die Ehefrau hat eine privilegirte Hypothek an dem ganzen Vermögen ihres Mannes, wegen ihres Brautschatzes, wenn derselbe von dem Manne verthan worden; denn ist er noch vorhanden, so fordert sie ihn, als ihr Eigenthum zurück, wie wir oben S. 85 gesehen haben. Eine Ehefrau kann nach dem römischen Rechte, so lange die Ehe dauert, der Regel nach ihr Eingebrachtes nicht eher herausfordern, als wenn der Mann in Armuth gerathen ist, und in einigen andern Fällen h). Sie mag nun also entweder bey dem Leben, oder nach dem Tode ihres Mannes das Eingebrachte zurück fordern, so hatte sie deswegen nach dem ältern römischen Rechte i) ein persönliches Privilegium, und nach den neuern Verordnungen ist ihr gar eine privilegirte Hypothek an dem ganzen Vermögen des Mannes, oder dessen, der das Eingebrachte für den Mann in Empfang genommen, gegeben

g) SCHOEPFF Dec. 340. n. 13. Dec. 349. n. 2. Ludovici Einleit. zum Concursproc. Cap. 10. §. 29.

h) L. 29. C. de iure dot. HAUCK D. de vxore, dotem constante matr. repetente.

i) L. 12. pr. C. qui pot. in pign. l. 19. pr. D. de reb. aut. iud. poss. l. 52. pr. §. 1. D. de pec. l. 22. §. 13. D. sol. matr.

geben worden [k]). Vermöge dieser privilegirten Hypothek geht die Ehefrau allen andern Hypotheken, wenn sie auch älter sind, oder ausdrücklich bestellt worden, vor, sie mag Kinder haben, oder nicht, ihr Mann mag majorenn seyn, oder nicht, der Brautschatz mag schriftlich versprochen worden seyn oder nur mündlich; der Mann mag ihn selbst, oder mit seiner Bewilligung ein anderer empfangen haben, sie mag ihn selbst, oder Jemand anders für sie abgeliefert haben [l]). Die Frau genießt diese privilegirte Hypothek auch alsdenn, wenn sie den Brautschatz, welchen sie dem ersten Manne zugebracht hat, aus dem Vermögen des zweyten fordert, weil immer der in die erstere Ehe eingebrachte Brautschatz in der zweyten wieder eingebracht worden zu seyn, vermuthet wird [m]). Dieser Vorzug kommt auch der Vermehrung des Brautschatzes zu statten, wenn nur, wie bisweilen zu geschehen pflegt, durch diese Vermehrung nichts zum Schaden und Betrug der Gläubiger vorgenommen wird [n]); ja er erstreckt sich sogar auf die nach getrennter Ehe erhobenen Früchte, und

auf

k) L. 12. §. 1. C. qui pot. in pign. §. 29. Inst. de act. l. vn. §. 1. C. de rei vxor. act. l. 29. l. 30. C. de iure dot. Nov. 97. c. 2. Nov. 109. c. 1.

l) Stryck Vsus mod. sub tit. de reb. aut. iud. poss. §. 4. Hellfeld de diuerso pign. iure, lib. in bon. par. comp. §. 19. Meister D. de bonis vxor. ex Rom. iur. praes. non paraph. sed dot. §. 5. Gail Obs. Lib. II. Obs. 83. n. 8.

m) l. 30. l. 40. l. 64. D. de iur. dot. l. pen. §. 5. D. sol. matr. Grass D. de redotat. §. 10. Schoepff de reuiuisc. iur. cas. 10.

n) L. 31. §. vlt. D. sol. matr. arg. l. 8. C. de iure dot. Nov. 97. c. 2.

auf die schuldigen Zinsen vom Heyrathsguthe o). Verschiedne Rechtslehrer sind auch der Meynung, die privilegirte Hypothek komme selbst der von dem Brautschatze unterschiednen Aussteuer, weil sie als ein Theil des Brautschatzes zu betrachten sey, zu statten, welche Meynung aber keinen hinlänglichen Grund hat p). Hingegen erstreckt sie sich auf das Kaufgeld, welches für den Brautschatz bezahlt worden, so wie auch auf das Dotalitium, welches anstatt des Brautschatzes ausgesetzt worden, und weswegen sie den Brautschatz selbst nicht wieder zurück fordern darf. Wegen dieses Dotalitii steht sogar im Nothfall der Ehefrau eine Hypothek an dem Lehne zu, wenn es auch ohne Einwilligung des Lehnherrn und der Stammsverwandten sollte versprochen worden seyn. Doch muß freylich die Ehefrau das Einbringen beweisen, und der Mann nicht zu viel versprochen haben q). Das privilegirte Unterpfand welches der Brautschatz genießt, fällt deswegen nicht weg, weil zur Sicherheit desselben eine ausdrückliche Hypothek bestellt worden, oder weil der Brautschatz nicht zum Nutzen des Mannes verwendet, sondern vielmehr durchgebracht worden, oder weil die Frau wissentlich einen verschuldeten oder verschwenderischen Mann geheyrathet hat r). Die Frau wird auch

o) Arg. l. vn. §. 7. C. rei vxor. act. l. 11. l. 31. §. f. D. sol. matr. l. 18. D. qui pot. in pign.

p) Gmelins Ordnung der Gläubiger S. 176.

q) LAUTERB. D. de tacito pign. th. 23. n. 2. MYLIVS D. de muliere domina c. 3. §. 15. HOMMEL Pr. de iur. vxor. nob. in conc. mar. §. 12.

r) GAIL. Lib. II. Obs. 84. Meditationen über verschiedne Rechtsmat. 1 B. 36. Med. Ludovici Concursproceß Cap. 10. §. 34. Das Gegentheil behauptet WALCH de discr. bonor. vxor. iure Rost. subl. Sect. 2. §. 14.

deswegen dieses Vorzuges nicht verlustig, weil sie den weiblichen Rechtswohlthaten entsagt, oder weil sie einen Mann hat, der ein Kaufmann ist. Alsdenn kann aber der Brautschatz von der Frau nicht zurückgefordert werden, wenn sie an einem Orte in der Ehe lebt, wo vermöge der allgemeinen Gütergemeinschaft unter den Eheleuten das beyderseitige Vermögen auch in Rücksicht auf das Eigenthum gemeinschaftlich wird, und also die während der Ehe gemachten Schulden aus dem sämmtlichen Vermögen bezahlt werden müssen, oder wenn der Brautschatz durch einen Unglücksfall, oder durch Verschulden der Frau zu Grunde gegangen ist s). Daß die Frau auch alsdenn ihren Brautschatz nicht zurückfordern könne, wenn sie die Erbschaft des Mannes angetreten hat, und nun reicht sein Vermögen zu Bezahlung seiner Schulden nicht zu, bedarf keines Beweises. Der Vorzug des Brautschatzes kommt blos einer Ehefrau zu, die in einer rechtmäßigen Ehe lebt. Daher darf man ihn der unrechtmäßigen, oder der vermeintlichen Frau, so wie auch der Braut wegen des im voraus übergebenen Brautschatzes nicht zusprechen t). Wenn sich die Ehefrau nicht zur christlichen Religion bekennt, so soll sie nach der 119 Nov. Cap. 2. dieses Vorrecht schlechterdings nicht haben, und daher behaupten auch die größten Rechtslehrer, daß man den Judenweibern diese privilegirte Hypothek

s) L. 10. pr. D. de iure dot. l. 23. D. de Reg. Iur.

t) Arg. l. vn. §. 1. C. de rei vxor. act. l. 12. C. qui pot. in pign. §. 12. Inst. de nupt. l. vn. D. vnde vir et vx. l. 1. §. f. D. pro dote L. 3. D. de iure dot. l. f. C. pr. de don. ante nupt. LAUTERBACH de tac. hyp. th. 14. 15. Meditat. über versch. Rechtsmat. 1st. B. 3 Med.

Hypothek nicht zu statten kommen lassen könne u). Andere Rechtslehrer sind hingegen der Meynung, in Teutschland komme den Judenweibern dieses Vorrecht ebenfalls zu, besonders alsdenn, wenn eine Judenfrau mit andern Juden um den Vorzug streite x). Die privilegirte Hypothek des Brautschatzes erstreckt sich auch auf die Kinder und Enkel einer Ehefrau y), und wenn es gleich scheint, daß ihnen das römische Recht dieses Vorrecht nur auf den Fall verstatte, wenn sie mit der Stiefmutter um den Vorzug streiten, und es folglich in andern Fällen nicht haben sollen, so legt man ihnen dasselbe in den Gerichten dennoch auch alsdenn, wenn die Stiefmutter nicht dabey interessirt ist, gegen die übrigen Gläubiger des Vaters bey; weil es höchst ungereimt seyn würde, die Kinder, welche der Stiefmutter vorgehen, andern Gläubigern nachzusetzen, die ein schwächeres Recht haben, als die Stiefmutter. In dem Fall, wenn beyde Mütter gestorben sind, aber beyde Kinder hinterlassen haben, geniessen die Kinder erster Ehe, nach

u) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 387. de PUFENDORF T. I. Obs. 208. Tom. IV. Obs. 72. Frhr. von Cramer in den Wezl. Nebenst. 3 Th. Nr. 2 und 3. S. 104. Th. 96. S. 68. Strubens Bed. 3 Th. 68. Bed.

x) STRYCK Vsus mod. §. 5. tit. de reb. auct. iud. poss. de SENCKENBERG D. de iure et priu. dot. c. 2. BECK de iur. Iud. c. 7. §. 23. GATZERT de iur. Iud. §. 10. HARPRECHT Cons. Tub. 60. n. 320. SCHOEPF Dec. I. 3.

y) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 386. de PUFENDORF Obs. Tom. IV. Obs. 66. S. 115. HARPRECHT Cons. Nov. 68. n. 41. SCHOEPFF Dec. 107. n. 12.

dem römischen Rechte z), gegen die Kinder aus der andern Ehe, den Vorzug der privilegirten Hypothek des Brautschatzes. Den übrigen Erben der Frau geben die Gesetze die privilegirte Hypothek des Brautschatzes nicht, weil es ein mit der Person der Ehefrau verknüpfter Vorzug ist a). Eben so kommt dieser Vorzug auch nicht demjenigen zu statten, dem die Ehefrau ihre Forderung abgetreten, es müßte denn der Ehefrau ihres Schadens wegen daran gelegen seyn, daß derjenige, dem sie ihre Rechte abgetreten, auch von ihrem Vorrechte Gebrauch machen könne. Auch den Bürgen, welche für den Brautschatz Sicherheit leisten sollen, kommt dieses Vorrecht nicht zu statten b). Jedoch ist es allerdings erlaubt, das bloße stillschweigende Unterpfand, welches der Brautschatz im römischen Rechte hat, abzutreten; und es geht dasselbe auch auf alle Erben der Frau über, und kommt den Bürgen zu statten c). Das den Kindern gegebne Vorrecht, von der dem Brautschatze der Mutter ertheilten privilegirten Hypothek, Gebrauch zu machen, darf auf kein anderes mütterliches Vermögen, was nicht Brautschatz ist, ausgedehnt

z) NOV. 91. c. 1. ZOLLER Exercit. quaest. cont. an lib. int. bon. mat. — ius prael comp. Die entgegen gesetzte Meynung ist vertheidigt in SCHULTING thes. contr. dec. 8. in Com. acc. Vol. III. S. 276. Erlangische neust. jurist. Litter. 2. B. Nr. 18.

a) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 386. §. 29. Inst. de act. l. 12. §. 1. C. qui pot. in pign. NOV. 91. praef.

b) RICHTER de legali dot. hyp. §. 14. EISENHARDT D. de fideiuss. dot. §. 20.

c) §. 29. Inst. de act. l. 12. §. 1. C. l. vn. §. 1. C. de rei vxor. act. l. 68. D. de reg. Iur. MEVIUS P. III. Dec. 326.

dehnt werden [d]). Sollte bey der Anwendung dieser privilegirten Hypothek der Fall eintreten, daß mehrere Heyrathsgüther zurückgefordert werden, so geht der ältere Brautschatz vor; mithin kann die andere oder dritte Ehefrau, u. s. f. ihre privilegirte Hypothek nicht gegen die Kinder aus der vorigen Ehe, welche ihrer Mutter Brautschatz zurück fordern, brauchen [e]). Die privilegirte Hypothek welche der Brautschatz hat, fängt von der Zeit an, da die Ehe würklich geschlossen worden, wenn die Ablieferung desselben gleich erst einige Zeit nachher geschehen seyn sollte, und sie erstreckt sich über das ganze Vermögen des Mannes, es bestehe aus körperlichen oder unkörperlichen, beweglichen oder unbeweglichen, gegenwärtigen oder in der Folge erst erworbenen Sachen, wenn auch gleich der Mann gegen dieses Vorrecht protestirt hätte [f]). Zum Besten der Vermehrung des Brautschatzes, geht die privilegirte Hypothek erst an, von der Zeit der würklichen Vermehrung [g]). Außer der privilegirten Hypothek hat die Ehefrau, wegen ihres Brautschatzes und übrigen Vermögens das Zurück-

d) WIBEL de iure prael. cred. §. 43. HARPRECHT Conf. Tub. 59. n. 58.

e) L. 12. §. 1. et Auth. si quid ex reb. C. qui pot. in pign. NOV. 91. c. 1. HELLFELD D. de diuerso pign. iure lib. in bonis par. comp. §. 27. CONSIL. TUB. Vol. V. Conf. 13. n. 12.

f) L. vn. §. 1. C. de rei vx. act. Arg. l. 48. pr. D. de iure dot. l. 1. D. l. 12. pr. C. §. 1. qui pot. in pign. GAIL libr. 2. Obs. 86. n. 3. LAUTERBACH de leg. s. tac. hyp. th. 13. et 24. CRELL D. de retent. hyp. ob. nou. deb. non perm. §. vlt. HARPRECHT Conf. nov. 68. n. 17. et 44.

g) L. 19. C. de donat. ante nupt. LAUTERBACH D. de tac. hyp. th. 22. CRELL D. de retent. ob. nou. deb. §. fin.

behaltungsrecht (ius retent.) an den sämmtlichen Güthern des Mannes, und sie kann ihren Unterhalt daraus hernehmen [h]); jedoch darf sie keinen übermäßigen Aufwand machen, widrigenfalls ihr dieses abgezogen wird. Sollte sie das Zurückbehaltungsrecht nicht ausüben können, weil das Vermögen des Mannes in Concurs gezogen worden, so kann sie ihren Unterhalt aus dem Concurs fordern bis zu ihrer Befriedigung. Verlangt sie eine zu große Summe zum Unterhalte, so setzt der Richter Grenzen. Diesen Unterhalt kann sie sogar fordern, wenn sie auch sonst noch Vermögen haben sollte, wovon sie leben könnte [i]). Wenn die Ehefrau bey ihrem Brautschatz von der privilegirten Hypothek Gebrauch machen will, so muß sie beweisen, daß sie würklich einen Brautschatz dem Manne zugebracht habe. Dieser Beweiß wird am sichersten durch das Zubringungsinventarium geführt [k]). Nach entstandenem Concurs, beweißt die Quittung des Mannes, über den erhaltenen Brautschatz nicht anders, als wenn sie vorher ausgestellt worden, und durch andere sichere Gründe unterstützt wird [l]). Dergleichen Vermuthungen sind, wenn die Frau bey Eingehung der Ehe,

h) Arg. l. 48. D. de solut. l. vlt. C. de pact. conu. l. 29. C. de iure dot. HEESER de acquestu coniug. Part. II. l. 14. n. 134. HARPRECHT Resp. 92. n. 252. WILDVOGEL D. de iure retent. vx. et vid. comp. th. 9. et 27.

i) L. 3. §. 5. D. de minor. HARPRECHT Cons. Tub. 60. n. 114. LAVTERB. de retent. th. 27. et 28.

k) LAVTERBACH Cons. Tub. Vol. III. C. 295. n. 65. LVDOVICI de prob. illat. dot. §. 3. EISENH. de fidei. dot. §. 14.

l) HARPRECHT de liquid. in conc. cred. per conf. deb. §. 12. LVDOV. de prob. illat. dot. §. 23. RICHTER de leg. dot. hyp. §. 24.

Ehe, dem Manne Vermögen übergeben, und darüber ein Vertrag geschlossen worden, wenn der Schwiegervater dem Schwiegersohne Güther als eigen übergiebt, wenn die Eltern einer Tochter bey ihrer Verheyrathung eben so viel mitgegeben, als die andern Kinder zum Brautschatze bekommen haben, wenn eine Wittwe ihren Brautschatz aus der ersten Ehe in die zweyte mitbringt, wenn Eheleute an einem solchen Orte leben, oder von solchem Stande sind, daß keine Ehe ohne Heyrathsguth geschlossen wird [m]). Außer der oben S. 95 angeführten privilegirten Hypothek, welche der Fiscus an dem ganzen Vermögen desjenigen hat, der öffentliche Abgaben schuldig geblieben ist, geben ihm die römischen Gesetze auch noch alsdenn eine privilegirte Hypothek, wenn Jemand mit dem Fiscus contrahirt hat, und er bleibt ihm etwas schuldig. Zur Sicherheit dieser Schuld, hat der Fiscus, an dem sämmtlichen Vermögen, welches sein Schuldner, nach der Zeit des geschlossenen Contracts, erworben hat, eine privilegirte Hypothek, vermöge welcher er allen nicht privilegirten, obschon der Zeit nach ältern Gläubigern vorgezogen werden muß [n]). Dieser Vorzug des Fiscus gründet sich auf ein Privilegium, obgleich

m) LAUTERB. Conf. Tub. Vol. II. C. 15. n. 6. et 8. KOCH D. de alien. bonor. vxor. §. 3. MEISTER D. de bonis vxor. §. 9. 10. ICTI TVB. Vol. I. C. 27. n. 9. 19. 20.

n) L. 28. D. de iure fisci. — Si qui mihi obligauerat, *quae habet habiturusque* esset, cum fisco contraxerit; sciendum est, in re postea acquisita fiscum potiorem esse debere, quod et constitutum est. Praeuenit enim causam pignoris fiscus. CVIAC Obs. X. 22. WOLBERS Obs. in TOVLL. Coll. c. 3. HARPRECHT Resp. 93. n. 94. et 275.

die Rechtslehrer darüber verschiedner Meynung sind, wie man aus dem von Herrn Hellfeld und Eichmann, welche das Privilegium leugnen, wider den Herrn Oberhofgerichtsassessor D. Schott gerichteten Streitschriften sehen kann o). Zu den Güthern, welche der Schuldner nach dem Contract mit dem Fiscus erworben hat, wird alles das gerechnet, was der Schuldner seit dieser Zeit, durch die vorher bereits gehabten Güther, oder auf andere Weise, es mag umsonst, oder gegen gewisse Leistungen geschehen seyn, an sich gebracht hat. Da aber diese Erwerbung eine Handlung ist, so muß der Fiscus den Beweiß führen, daß etwas erst nach dem mit ihm geschlossenen Contract von dem Schuldner erworben worden p). Die zeither erläuterten Gattungen der privilegirten Hypotheken, erstrecken sich über das ganze Vermögen eines Schuldners, und sind mithin allgemeine Hypotheken. Es giebt aber auch privilegirte Hypotheken, welche unter die besondern Hypotheken gehören. Darunter ist die stärkste, welche die Gesetze zur Sicherheit desjenigen eingeführt haben, der zu Erkaufung eines öffentlichen Amtes bey

o) HELLFELD D. de hypoth. fisci praefert. in bon. post contr. quaes. Ien. 1771. et in Opusc. n. 10. EICHMANN von dem Pfandrecht des Fiscus u. s. f. 1773. Desselben Erläuterung der Abhandl. vom Pfandrechte des Fiscus u. s. f. 1774. KAEMPFE sub Praes. illustr. SCHOTT D. de vera causa praerogat. hyp. fisci etc. Lips. 1772. SATOR D. de pignor. praerog. etc. Schotts Critic über die neust. jur. Schriften. 38 St. N. 15. 52 St. N. 11.

p) BERGER D. de iure fisci in dub. quaest. §. 34. BECK de lure detract. c. II. Obs. 4 Hofmanns teutsche Reichspraxis Part. II. §. 1282. Strubens Bedenk. 1 Th. 37. 38. Bed. S. 97.

bey den Römern (ad militiam) Geld vorgeschossen hatte q). Unter den spätern römischen Kayfern war nämlich die Einrichtung getroffen worden, daß gewisse Hofämter, welche ihre angewiesenen Einkünfte hatten, verkauft wurden. Borgte sich nun Jemand das Geld zu Ankaufung eines solchen Amtes, und verschrieb dasselbe zum Unterpfande, so mußte der Gläubiger vor allen andern von den Einkünften dieses Amts bezahlt werden. Die Verpfändung einer solchen Stelle konnte aber auf verschiedne Weise geschehen. Wenn sich der Gläubiger ausdrücklich ausbedungen hatte, daß er seine Hypothek an dem erkauften Amte, mit dem Vorzugsrechte vor allen andern privilegirten Hypotheken haben wolle, und dieses Verlangen genehmigte der Schuldner, so gieng die Hypothek allen andern privilegirten Gläubigern vor r). Hatte sich aber der Gläubiger zwar ein Unterpfand auf das Amt versprechen lassen, aber bloß außergerichtlich, so wurde er nur allen nicht privilegirten Hypotheken vorgezogen s). Diese römische Einrichtung, gewisse Aemter zu verkaufen, paßt auf unsre teutsche Staatsverfassung nicht; daher behaupten auch die grösten Rechtslehrer, daß die in Rücksicht auf solche Aemter im römischen Rechte vorkommende privilegirte Hypothek

q) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 387. EISENHARDT D. de iure eius, qui ad militiam emendam credidit. TAVRELLIVS de milit. ex casu in OTTON. THES. Tom. IV. SCHORCH de militia ex casu.

r) NOV. 97. c. 4. et Auth. quo iure vtat, C. qui pot. in pign. HELLFELD de diuerso pign. iure, lib. in bon. par. comp §. 23.

s) L. 27. et Auth. quod obt. C. de pign. et hyp. NOV. 97. c. 4. SCHLITTE D. de eo qui posterior temp. c. 2. §. 6. FRICK D. de iurib. illius qui ad emend. cred. §. 7. EISENHART D. de iure eius, qui ad mil. §. 17. KOCH D. de pec. ad emend. cred. priu. §. 14.

pothek bey uns nicht anwendbar sey [t]). Weit brauchbarer aber ist diejenige privilegirte Hypothek, welche zum Besten derer eingeführt ist, die zur Wiederaufbauung oder Ausbesserung eines alten Gebäudes Geld vorgeschossen haben. Anfangs wurde zu ihrem Besten bloß ein persönliches einfaches Privilegium eingeführt; in der Folge aber machte man eine einfache stillschweigende Hypothek daraus [u]), und heutzutage wird sie von den Rechtslehrern für eine privilegirte gehalten [x]). Diese privilegirte Hypothek kommt zu statten 1) demjenigen, welcher zur Erbauung oder Ausbesserung eines bereits vorhandenen Gebäudes Geld vorgeschossen, oder 2) der es auch nur dem Baumeister, oder zu Bezahlung der Baumaterialien ausgezahlt hat, da er von dem Eigenthümer des Gebäudes dazu den Auftrag erhalten hatte. Es behaupten auch sehr viele Rechtslehrer, diese privilegirte Hypothek komme dem zu statten, der zur Erbauung eines solchen baufälligen Gebäudes, Holz, Steine und andre Baumaterialien hergegeben habe, wiewohl der Herr geheime Justizrath Böhmer diese Meynung nicht billigt, weil dieses in Gesetzen nicht gesagt sey, und dergleichen Ausdehnungen bey Privilegien

t) HOFACKER Princ. Iur ciu. 2. Th. S. 388. HVBER ad tit. qui pot. in pign. n. 10. LAVTERB. Coll. theor. pract. tit. de priuil. cred. §. 39.

u) L. 24 §. 1. D. de reb. aut. iud. poss. l. 25. D. de reb cred. l. 1. D. de cess. l. 1. D. in quib. caus. pign. WESTENBERG in D. Marco, Diss. 41. in Op. T. III. S. 356. §. 12. WALCH D. de priu. pec. in ref. aed. Sect. 1. §. 6. CRELL priuil. pec. ad cert. vsum cred. §. 5.

x) MYNSINGER Obs. I. 60. WALCH D. de pec. in ref. aed. cred. Sect. II. c. 2. §. 9. 10. HARPPRECHT Resp. 93. n. 133. CRELL priuil. pec. ad cert. §. 5.

vilegien nicht zu billigen wären y). Ferner wird sie demjenigen beygelegt, der selbst das Haus gebaut oder ausgebessert, oder in der Meynung er baue es für sich, es für einen andern gebaut, folglich des Eigenthümers Geschäft verwaltet hat z). Wer zu einem ganz neuen, noch nie gestandenem Gebäude, auf die zeither angeführte Art Vorschuß thut, genießt nach dem römischen Rechte diese privilegirte Hypothek nicht. Darunter ist aber der Fall nicht mit begriffen, wenn auf einem Platze bereits ein Gebäude gestanden, und es ist in der Folge abgebrannt, oder eingestürzt, und nun baut Jemand ein ganz neues Gebäude auf die nämliche Stelle. Wer hierzu Geld vorschießt, hat eine privilegirte Hypothek. Lehnt hingegen Jemand zwar zu den oben angeführten Absichten Geld, ohne jedoch dieses ausdrücklich zu erklären, so kommt ihm die privilegirte Hypothek nicht zu statten, wenn auch gleich sein Geld zu dieser Absicht verwendet worden seyn sollte; so wie sie auch demjenigen nichts hilft, der das Geld erst gelehnt hat, nachdem der Bau bereits geendigt ist, weil hier von selbst erhellet, daß das Geld nicht zu dem von den Gesetzen erforderten Zweck gegeben worden a); wenn auch gleich eine Schuld damit bezahlt worden wäre, welche von der Ausbesserung des Gebäudes herrührt.

y) LAVTERBACH Coll. theor. pract. tit. qui pot. in pign. §. 69. de PVFFENDORF Obs. T. II. Obs. 170. WALCH de priu. pec. in ref. aed Sect. II. §. 6. G. L. BOEHMER D. de iure merc. opif. in conc. cred. §. 6. 9. et 12.

z) HARPPRECHT Resp. 93. n. 137. WALCH cit. Diss. §. 6. BALTHASAR Collat. de classif. cred. S. 209.

a) Arg. l. 1. D. in quib. caus pign. WALCH cit. D. §. 8. GAIL L. 2. Obs. 12. n. 2. LEYSER Spec. 485. med. 2.

herrührt. Ferner ist nöthig, daß das zur Wiederaufbauung eines abgebrannten, oder eingestürzten Hauses, oder zu dessen Ausbesserung erborgte Geld, würklich dazu angewendet worden, denn sonst hat die privilegirte Hypothek ebenfalls nicht statt. Sollte nur etwas dazu seyn verwendet worden, so genießt auch nur diese Summe das große Vorrecht [b]). Ausser den zeither angeführten Erfordernissen ist nöthig, daß der Eigenthümer des wieder aufgebauten oder ausgebesserten Hauses das Geld geborgt habe. Sollte also Jemand zur Reparatur eines gemietheten Hauses, oder welches er Amtswegen besitzt, Geld zum Bau geborgt haben, so bekommt der Darleiher zur Sicherheit seines Geldes die zeither erläuterte privilegirte Hypothek nicht. Alle diese Umstände muß derjenige beweisen, welcher für sein Darlehn die privilegirte Hypothek genießen will. Durch den Schuldschein kann bewiesen werden, daß das Geld zum Bau eines bereits gestandenen Hauses erborgt worden. Die Verwendung des Geldes zum Bau selbst hingegen vermuthet man alsdann, wenn der Schuldner würklich den Bau geendigt hat [c]). Die zeither erläuterte privilegirte Hypothek haftet nur allein auf dem ausgebesserten Gebäude. Geht das Gebäude in der Folge ganz zu Grunde, so hört damit zugleich auch die Hypothek auf; wird es aber wieder hergestellt, so wacht das vorige Unterpfand wieder

b) CRELL Diss. Priuil. pec. ad cert. vsum cred. §. fin. LAVTERBACH de hypoth. leg. th. 59. WALCH cit. l. §. 8.

c) CRELL D. Priuil. pec. etc. §. 6. LAVTERBACH de hypoth. tac. th. 60. BERGER OECON. iur. S. 381. edit. Perill. b. de WINKLER. WALCH cit. D. §. 8.

wieder auf [d]). Die Rechtslehrer werfen hier die Frage auf, wenn Jemand zwar das Geld zur Ausbesserung oder Erbauung eines eingestürzten oder abgebrannten Gebäudes gelehnt hat, der Schuldner wendet es aber nicht dazu an, sondern zu etwas anders, in der Folge baut er aber würklich das Gebäude auf, ob in diesem Falle der Gläubiger dennoch auf die privilegirte Hypothek Anspruch machen könne? Wenn man auf die wahre Natur dieser Hypothek Rücksicht nimmt, und bedenkt, daß sie eine Art von Privilegium ist, diese aber nicht ausgedehnt werden sollen, so kann man dem Gläubiger die privilegirte Hypothek nicht zusprechen, weil nicht gesagt werden kann, daß das Gebäude von seinem Gelde wieder aufgebaut worden, und dieses gleichwohl schlechterdings in den Gesetzen vorausgesetzt wird; obgleich Crell in der mehrmals angeführten Schrift §. 6. behauptet, die privilegirte Hypothek trete hier ein. Die von ihm angeführten Gesetze [e]) beweisen aber seine Meynung nicht, denn es liegen in denselben ganz besondere Ursachen zum Grunde, warum der Gläubiger nicht nöthig hat, sich darum zu bekümmern, ob denn auch sein Geld dazu angewendet worden, wozu er es vorgeliehen gehabt. Daß die privilegirte Hypothek nicht eher ihren Anfang nehme, als von Zeit des entstandenen Darlehns, und ausgebesserten Gebäudes, braucht nicht bewiesen zu werden, so wie auch das nicht, daß sie sich zugleich mit auf die Zinsen des Capitals erstreckt [f]). Eine andere

d) Arg. l. 21. pr. D. de pign. act. l. 29. §. 2. D. de pign. LAVTERBACH de hypoth. tac. th. 61.

e) L. 1. §. 9. l. 7. §. 2. D. de exerc. act. l, fin. C. de pign.

f) LAVTERBACH de hyp. tac. §. 59.

dere besondere privilegirte Hypothek, geben die römischen Gesetze demjenigen, der zu Ankauf eines Hauses, Guthes, oder jeder andern Sache, Geld vorgeliehen, dabey sich aber bis zu Tilgung der ganzen Schuld eine Hypothek an der angekauften Sache versprechen lassen [g]). Wenn diese privilegirte Hypothek statt haben soll, wird erfordert, daß Jemand dem andern entweder Geld zu Ankauf einer Sache vorgeliehen, oder ihm seine Sache auf Credit verkauft habe. Da wir bewegliche und unbewegliche Sachen haben, so behaupten die Rechtslehrer, hier sey bloß die Rede von unbeweglichen Dingen, weil die Gesetze den Ausdruck Grundstücke (praedia) gebrauchen [h]). Es muß das Geld nicht bloß unter dem Vorwande, eine Sache dafür zu kaufen, geborgt werden, sondern der Ankauf muß auch in der Folge würklich damit geschehen, wenn diese privilegirte Hypothek statt haben soll. Denn wenn das Geld nicht zum Ankauf einer gewissen Sache entlehnt, oder es ist wenigstens die gekaufte Sache nicht damit bezahlt worden, so fehlt es an einer wesentlichen Eigenschaft der gegenwärtigen Hypothek [i]). Ueberdieses ist nöthig, daß sowohl der Verkäufer, als jeder andere Gläubiger sich eine Hypothek an der mit seinem Gelde gekauften Sache ausdrücklich vorbehält,

g) L. 7. C. qui pot. in pign. GAIL. Libr. 2. Obs. 12. n. 4. MEVIVS Part. 6. Dec. 143. LEYSER Spec. 485. m. 3. FRICK D. de iur. illius qui ad rem emend. cred. HERT D. de reseru. dom. vel hyp. in re vend. in Op. MYLIVS D. de reseru. hyp. a vend. facta in sec. pretii resid.

h) L. 27. C. qui pot. in pign. KOCH de pecun. ad emend. cred. §. 13.

i) L. 17. C. de pign. et hyp. Arg. l. 7. §. 4. et 5. D. de in rem vers. KOCH l. c. §. 13.

behält, denn sonst hat er weiter nichts als ein persönliches Privilegium [k]). Der Vorbehalt der Hypothek muß ausbedungen werden, eher als die verkaufte Sache übergeben worden, und folglich das Eigenthum noch nicht auf den Käufer übergangen ist [l]), denn wer sich an einer bereits erkauften Sache eine Hypothek geben läßt, bekommt dadurch weiter nichts, als eine bloße Hypothek. Daher hat auch derjenige, welcher zu Bezahlung des Kaufgeldes, eines bereits gekauften und übergebenen Hauses Geld borgt, wenn ihm gleich eine Hypothek auf das Haus überlassen worden, keine privilegirte Hypothek, ausgenommen alsdann, wenn ihm von dem Verkäufer seine privilegirte Hypothek abgetreten worden [m]). Die zeither erklärte privilegirte Hypothek, welche das römische Recht zum Besten desjenigen eingeführt hat, welcher zu Erkaufung eines Grundstückes Geld geliehen, und sich auf dasselbe ausdrücklich eine Hypothek ertheilen lassen, haben die Rechtslehrer 1) auf diejenigen Verkäufer ausgedehnt, welche sich auf der von ihnen verkauften Sache, zur Sicherheit des nicht bezahlten Kaufgeldes, bis zur gänzlichen Bezahlung desselben eine Hypothek, entweder vor oder bey der Uebergabe vorbehalten, 2) auf solche Personen, die einem

k) L. 17. C. de pignor. et hyp. Cons. Tvbing. Vol. II. Conf. 107. n. 30. et 42. Hvber ad Dig. tit. qui pot. in pign. n. 14.

l) Strubens rechtliche Bedenken. 4. Th. S. 274. Carpzov P. I. C. 28. D. 20. n. 7. Eschbach ad h. l. Richter de Priuil. cred. c. 2. m. 1. n. 39. Brvnnemann de conc. cred. c. 5. §. 13. ibiq. Stryck.

m) Koch de pec. ad emend. cred. §. 7. 13. Mylivs D. de reseruat. hypoth. a vend. fact. in sec. pret. resid. §. 27. Wernher Obs. Iur. vn. Tom. I. P. V. Obs. 188. S. 1091.

einem andern ihre Grundstücke gegen Abreichung gewisser Leibrenten oder des nöthigen Lebensunterhaltes, mit dem ausdrücklichen Vorbehalt einer Hypothek abgetreten haben n). Behauptet nun Jemand, er habe eine privilegirte Hypothek wegen eines Capitals, das er zu Ankaufung eines Grundstücks vorgeliehen, so muß er beweisen 1) die geschehene Darleihung. Dieß läßt sich durch die Obligation am leichtesten beweisen. 2) muß er darthun, daß von seinem Gelde die Sache würklich angekauft worden. Dieses wird vermuthet, wenn der Kauf nach der Auszahlung würklich geschlossen worden. 3) muß die Ausbedingung einer Hypothek bewiesen werden. Dieses beweißt ebenfalls die Obligation. Steht der Vorbehalt der Hypothek in derselben ausdrücklich, so ist es desto besser: sonst gelten aber auch andere Ausdrücke, welche den Vorbehalt nicht undeutlich zu erkennen geben, z. B. es sollen 500 Rthlr. auf dem Hause stehen bleiben o). Verschiedne Rechtslehrer halten diese privilegirte Hypothek für so stark, daß sie sogar derjenigen vorgehe, welche einer Ehefrau, wegen ihres zu fordern habenden Brautschatzes zusteht. Diese Meynung wird aber von andern p) verworfen, welche behaupten, nur alsdenn sey sie stärker, wenn sie älter sey, als die privilegirte Hypothek der Frau wegen ihres Brautschatzes. Eben so wird auch die Behaup-

n) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2. Th. S. 383. HERTIVS D. de reseru. dom. vel hyp. in re vend. Sect. 2. §. 11. HVBER ad D. tit. qui pot. in pign. HARPRECHT D. Ius contract. vitalitii in conc. cred. §. 18.

o) MYLIVS de reseru. hypoth. §. 30.

p) NOV. 97. c. 3. SCHLITTE D. de eo qui post. temp. pot. iure c. 1. §. 7. Emelins Ordnung der Gläub. S. 163.

Behauptung derjenigen Rechtslehrer q), welche sagen, der Verkäufer, welcher sich an seiner verkauften Sache, vor der Ablieferung eine Hypothek ausbedungen, gehe allen privilegirten Gläubigern vor, weil er noch eher seine Hypothek an der Sache erhalten als sie des Käufers Eigenthum geworden, und deswegen stehe ihm ein Absonderungsrecht zu, von andern r) für unrichtig erklärt, und zwar aus dem Grunde, weil der Verkäufer gar nicht einmal eine Hypothek an der Sache erlangen können, so lange sie noch sein Eigenthum gewesen, denn kein Eigenthümer könne sich selbst eine Hypothek geben, weil das Eigenthum ein weit stärkeres Recht sey; sondern die Hypothek müsse ihm erst von dem Käufer der Sache als dem neuen Eigenthümer versprochen worden seyn, folglich falle hier das Absonderungsrecht weg. Außer den zeither angeführten besondern privilegirten Hypotheken, ist im römischen Rechte s) verordnet, wenn Jemand, mit eines Unmündigen seinem Gelde für sich etwas kauft, es mag der Vormund oder ein anderer seyn, so soll zur Sicherheit dieser Mündelgelder auf der gekauften Sache eine privilegirte Hypothek haften, und deswegen den Vorzug vor allen andern nicht privilegirten Hypotheken haben. Sogar wenn ein Unmündiger mit eines andern Unmündigen seinem Gelde

q) MYLIVS de reseru. hyp. §. 37.

r) ICTI TVBING. Vol. VI. Conf. 60. n. 57. HELLFELD D. de diu. pign. iure lib. in bon. par. comp. §. 23. MEVIVS Part. 6. Dec. 193.

s) L. 7. pr. D. de his qui pot. in pign. l. 3. pr. D. de reb. eor. qui sub tut. l. pen. Cod. de seru. pign. dat. manum. LAVTERBACH D. de tacito pign. th. 38. KOCH D. de pec. ad emend. cred. priu. et non priu. §. 12. VOET ad tit. D. in quib. causs. pign. tac. §. 15. ist anderer Meynung.

etwas kauft, genießt der, dem das Geld gehört, dieses Vorrecht. Aber alsdenn hat diese privilegirte Hypothek nicht statt, wenn Jemand Mündelgelder lehnt, und damit etwas kauft [t]). Der Unmündige muß erweisen, wenn er auf diese Hypothek Anspruch macht, daß mit seinem Gelde, ohne solches dazu gelehnt zu haben, etwas gekauft worden, und diese Sache noch vorhanden ist. Unrichtig haben verschiedne Rechtslehrer diese Hypothek auf folgende Fälle ausgedehnt; wenn der Vater mit seiner Kinder Gelde; oder ein anderer mit Kirchengeldern, oder dem Gelde einer frommen Stiftung, eines Rasenden, oder eines Soldaten, etwas gekauft hat. Die zeither angeführten privilegirten Hypotheken gründen sich auf Verordnungen des römischen Rechts. Nach teutschen Landesgesetzen giebt es aber deren noch mehrere, die man sich an jedem Orte bekannt machen muß, wenn man mit Sicherheit Geld ausleihen will. Dieses wird hinlänglich seyn, sich von der Wichtigkeit der privilegirten Hypotheken zu überzeugen. Ihnen werden die nicht privilegirten Hypotheken entgegen gesetzt, welches solche Hypotheken sind, bey denen nach Verordnung des römischen Rechts, auf die Zeit, wenn die Hypothek ertheilt worden, und ob es eine öffentliche Hypothek ist, gesehen wird, wenn die Frage ist, wie mehrere hypothekarische Schuldner befriedigt werden sollen, da das Vermögen des Schuldners nicht zureicht, um sie alle zu befriedigen [u]). In die Klasse der nicht privile=

t) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 352. LAVTERBACH D. de tac. hyp. th. 38. n. 3.

u) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 388. BOEHMER D. de diuerso pign. et hypoth. iure c. I. §. 13. l. 5. §. 8. D. de trib. act. l. 6. C. de bon. aut. iud. poss. l. 9. C. qui pot. in pign.

privilegirten Hypotheken gehören alle die verschiednen Arten der Hypotheken, die im ersten Paragraphen dieses vierten Kapitels angeführt worden. Die Hypotheken werden nämlich eingetheilt, in nothwendige und willkührliche (necess. et volunt), in öffentliche- und Privathypotheken. Die willkührlichen sind wieder entweder ausdrückliche oder stillschweigende (hyp. vol. expr. et tac.); die nothwendigen hingegen sind die prätorischen, gesetzlichen, und richterlichen (praet. leg. et iud.). Wegen der großen Wichtigkeit und Brauchbarkeit der hierher gehörenden Rechtswahrheiten, will ich von den nicht privilegirten Hypotheken ebenfalls etwas ausführlicher handeln, so wie es bey Erklärung der privilegirten geschehen ist. Unter den nicht privilegirten Hypotheken gehen die öffentlichen allen übrigen vor. Alsdenn kommen nach Verordnung des römischen Rechts x), alle übrigen Hypotheken ohne Unterschied, der Zeitfolge nach, wie sie entstanden sind, es mögen gesetzliche, oder aus einem Vertrag herrührende Hypotheken seyn; weil diese Unterpfänder für einander gleich gehalten wurden. Durch den Coder y) ist

x) Icti Tvbing. Vol. IX. Conf. 28. n. 45. Coll. Resp. Fac. Erford. Resp. 13. n. 7. Harprecht Resp. 92. n. 46. et 77. Lavterb. D. de tac. pign. th. 48. n. 4. et 5.

y) L. 11. C. qui pot. in pign. — Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, interuenientibus amicis nec ne, transigendi vel paciscendi seu foenerandi vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis vel contractibus conficiuntur, quae ἰδιόχειρα graece appellantur: siue tota series earum manu contrahentium vel notarii vel alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, siue testibus adhibitis siue non: licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, siue non: quasi publice conscriptas,

si *per-*

in dem ältern römischen Rechte weiter nichts abgeändert worden, als dieses, daß eine jüngere Hypothek alsdenn einer ältern vorgezogen werden sollte, wenn sich die jüngere auf ein öffentliches Instrument gründete. Und da das in der Note x) angeführte Gesetz des Codex, wie der Anfang ausdrücklich beweißt, blos von den aus einem ausdrücklichen Vertrage herrührenden Unterpfändern handelt, und nur dieser Art von Hypothek alsdenn, wenn sie in einem öffentlichen Instrument bestellt worden, ein stärkeres Recht giebt; in Rücksicht auf die sogenannten gesetzlichen Hypotheken aber, in Ansehung ihres Vorzugs, darin was in den Pandecten deswegen festgesetzt war nichts geändert worden, so kann man nicht anders behaupten, als daß die bloßen Privathypotheken nach dem römischen Rechte den gesetzlichen völlig gleich gehalten werden müssen, und dabey alles auf die Zeit der Bestellung der Hypothek ankömmt. Diese Meynung wird freylich von den einsichtsvollsten Rechtslehrern bestritten, denn einige z) erklären die gesetzlichen Hypotheken ohne Unterschied für eben so stark, als die öffentlichen, so daß dabey blos

si *personalis actio* exerceatur, suum robur habere decernimus. Sin autem *ius pignoris vel hypothecae* ex eiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit; eum, qui *instrumentis publice confectis nititur*, *praeponi* decernimus, etiamsi is *posterior* contineatur: nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur: tunc enim *quasi publice confecta* accipiuntur. PANCIROL. var. lect I. 26. BERGER Oecon. Iur. §. 384. edit. an. 1771.

z) HELLFELD D. de praer. hyp. publ. tac. §. 32. in Op. n. 9. LEYSER Spec. 226. m. 1.

blos auf das Alter gesehen werden müsse; andere a) setzen sie jedoch nur alsdenn in die Classe der öffentlichen, wenn über dem Contract, zu dessen Sicherheit eine gesetzliche Hypothek eingeführt ist, eine öffentliche Urkunde aufgesetzt worden. Wer alle Rechtswahrheiten, von den nicht privilegirten Hypotheken, genau übersehen will, muß sie einzeln durchgehen. Was nun erstlich die sogenannten Privathypotheken anbetrift, so ist hiervon folgendes zu bemerken. Sie rühren entweder aus einem Testamente her, oder weil unter den Interessenten ein Vertrag darüber geschlossen worden. Eine durch eine letzte Willensverordnung auf sein eignes Vermögen ertheilte Hypothek (pign. testam.), welche eben so wie jede andere Sache vermacht werden kann, geht gleich nach des Erblassers Tode, auf den Gläubiger über, und muß in Ansehung der Zeit der Entstehung von jetzt an gerechnet werden, so daß ihr, Hypotheken die später ertheilt worden, nachstehen. Hätte aber der Erblasser zu Jemandes Vortheil auf das Vermögen des Erben eine Hypothek gelegt, so wird solche nicht eher gültig, als bis der Erbe die Erbschaft angetreten hat. Die aus einem geschlossenen Vertrage herrührenden Hypotheken können entweder ausdrücklich oder stillschweigend ertheilt werden (Handb. 4 Th. S. 635). Der stillschweigende Wille wird aus Handlungen geschlossen, welche die Einwilligung in die Ertheilung einer Hypothek voraussetzen. Dergleichen Handlungen sind, wenn Jemand sich für eine Schuld verbürgt, wofür seine Sache zum Unterpfande verschrie-

a) Boehmer D. de praer. hyp. publ. c. 1. §. 13. Hofmanns teutsche Reichsprax. 2 Th. §. 1284. Westphal vom Pfandrechte S. 244.

ben worden [b]); oder wenn Jemand ein Instrument entweder selbst geschrieben, oder doch wenigstens unterschrieben hat, worin seine Sachen verpfändet sind. Für eine Handlung, wodurch stillschweigend ein Vertragsunterpfand ertheilt worden, halten die Gesetze auch folgende. Gesetzt es verpfändet Jemand seine Sachen, ohne der Früchte, die davon erhoben werden können, zu gedenken. In diesem Falle sollen diese für stillschweigend mit verpfändet gehalten werden [c]). Oder es verpfändet Jemand eine Obligation, die ihm gehört. Hier wird das Capital, worüber dieselbe ausgestellt worden, für verpfändet gehalten [d]). Haben die Personen bey Schließung des Hypothekvertrags, mehr auf die Materie als auf die Form der zur Hypothek überlassenen Sache gesehen, und in der Folge wird die Form verändert, so wird angenommen, als hätten sie stillschweigend erklärt, die Hypothek solle deswegen immer noch fortdauern [e]). Unter diese stillschweigenden Handlungen darf man aber den Fall nicht rechnen; wenn Jemand mit dem zum Unterpfand gegebnen Gelde etwas kauft, oder es baut Jemand aus einem verpfändeten Walde, Schiffe oder Häuser. Dadurch entsteht an der gekauften Sache so wenig eine Hypothek, als an den gebauten Schiffen oder Häusern [f]).

Ver-

b) L. 5. §. 2. D. in quib. caus. pign. Hertius de pign. conu. tac. § 13.

c) L. 3. C. in quib. caus. pign. L. 29. §. 1. l. 26. §. 2. D. in quib. caus. pign. l. 18. §. 1. et 2. D. de pign. act. l. 1. D. de Salu. int. l. 1. C. de pact. pign.

d) arg. l. 18. pr. D. de pign. act. l. 2. l. 9. C. quae res pign.

e) L. 15. §. 2. D. de pign.

f) L. 18. §. 3. D. de pign. act. L. 7. §. 1. D. qui pot. in pign.

Verpfändet Jemand alle seine Sachen, ohne jedoch die künftigen zu nennen, so wird gleichwohl angenommen, als habe er diese stillschweigend mit zum Unterpfande verschrieben g). Diese stillschweigenden aus einem Vertrag herrührenden Hypotheken, dürften mit den sogenannten gesetzlichen ja nicht verwechselt werden, welches leicht geschehen kann, weil der Ausdruck, eine stillschweigende Hypothek sehr oft von beiden Arten gebraucht wird (Handb. 4. Th. S. 637). In Rücksicht auf die Person dessen, welcher dem andern eine Hypothek überlassen will, bemerke ich, überdieses was S. 24 vorgetragen worden, noch folgendes. Sobald über Jemandes Vermögen der Concursproceß entstanden, welches alsdann geschehen ist, wenn die Edictalcitation erlassen worden, oder er hat sich selbst als unvermögend zu Bezahlung seiner Gläubiger im Gericht angegeben, von dieser Zeit an, kann dieser niemanden weiter eine Hypothek überlassen; bis dahin aber ist es ihm erlaubt, er mag so viel Schulden haben, als er will, wenn er nur dadurch wissentlich keinen Betrug zum Nachtheil der übrigen Gläubiger begeht h). Das römische Recht verstattet einem Schuldner, sein unbewegliches Vermögen, ohne gerichtliche Insinuation zur Hypothek zu verschreiben; und verbindet damit die Würkung, daß eine dergleichen Privathypothek allen Gläubigern, die entweder nicht einmal eine Privathypothek an dem Vermögen des Schuldners haben, oder sie ist wenigstens später ertheilt worden, vorgezogen werden soll, wenn die Veräußerung nö-

g) L. fin. C. quae res pign. obl.

h) L. 10. §. 13. D. de his quae in fraud. cred. OELTZE D. de cred. sibi vigil. §. 21. SCHOEFFF Dec. 243.

thig ist i). Dieses ist der Regel nach auch in Teutschland erlaubt, wenn gleich die Veräußerung unbeweglicher Güther, an einem Orte ohne gerichtliche Anzeige nicht geschehen darf k). Selbst alsdann, wenn die gerichtliche Insinuation einer ertheilten Hypothek, unter der Warnung anbefohlen ist, daß die gerichtlich angezeigten Hypotheken, den nicht insinuirten vorgezogen werden sollen, behaupten die Rechtslehrer, gelte eine Privathypothek wenigstens als ein außergerichtliches Unterpfand l). Weil aber durch die Privathypotheken den Gläubigern gar zu großer Nachtheil zugezogen werden kann, indem der vorsichtigste Gläubiger es nicht herauszubringen im Stande ist, wie viel Privathypotheken der andere schon ertheilt hat, so hat man fast in den mehresten teutschen Provinzen, eingeführt, daß die Bestellung einer Hypothek nicht anders geschehen soll, als vor der Obrigkeit, oder sonst ganz nichtig ist m). Bey Beurtheilung der Frage, von der Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Hypothek wird nach den Gesetzen des Orts gesprochen, wo die zur Hypothek verschriebene Sache liegt, und nicht darauf gesehen, was da Rechtens ist, wo der Concursproceß geführt wird n). Finden sich mehrere Pfandgläubiger gleicher

i) L. 4. D. de pignor. LAVTERBACH Coll. theor. pract. sub. tit. qui pot. in pign. §. 37 et 46. KOBIVS de pecun. mut. tut. colloc. c. 5. §. 54.

k) de CRAMER Obs. Iur. vn. Tom. I. Obs. 68. NEGVSANTIVS de pign. P. II. m. 3. n. 74.

l) HARPPRECHT Differ. Iur. com. et prou. March. Bad. §. 70.

m) HELLFELD D. de praerog. hypoth. publ. §. 34. KRAVSE D. Requisita hypoth. conuent. in immob. constit. §. 13.

n) SCHMALCALDER D. de sentent. iud. sec. leg. extra territ. lat. ferenda. §. 11.

cher Ordnung, so ist dessen Recht das stärkere, der die älteste Hypothek hat; und man rechnet hier bis auf Stunden und Viertelstunden nach o). Selbst alsdann, wenn der jüngere hypothekarische Gläubiger die Hypothek im Besitz haben sollte, geht es nach dieser Vorschrift, welche sich sogar auf die Zinsen des ältern Gläubigers erstreckt, wenn sie auch erst nach der Hypothek des spätern Gläubigers gefällig geworden seyn sollten p). Nach dem römischen Rechte, (L. 2. C. de pign.) wird hierbey auch kein Unterschied gemacht, ob es eine gesetzliche oder aus einem Vertrag herrührende, eine allgemeine oder besondere Hypothek ist, so daß auch sogar derjenige, der eine allgemeine Hypothek hat, bey den nach dem Contract erworbenen Güthern des Schuldners, der spätern besondern Hypothek vorgezogen wird q). Sollte sich der spätere Gläubiger haben versprechen lassen, daß, wenn die Schuld nicht innerhalb einer gewissen Zeit bezahlt worden, ihm die zur Hypothek verschriebene Sache verkauft seyn solle, so kann dieser Vertrag dem ältern Gläubiger dennoch nichts schaden, und der ältere Gläubiger kann den jüngern, wenn er die Hypothek besitzen sollte, auf die Herausgabe, durch die aus dem Pfandcontract entspringende Klage belangen r). Für den ältern hypothecarischen Gläu-

o) L. 2. l. 8. l 11. pr. §. 1. l. 12. §. 2 et 3. D. l. 2. l. 4. l. 7. C. qui pot. in pign. l. 2. C. ad Sct. Maced. l. fin. §. 6 et 9. C. de iure del. Nov. 91. c. 1. Nov. 112. c. 1. c. 1. qui pot. de reg. Iur. in 6to.

p) L. 18. D. qui pot. in pign. arg. l. 8. §. 5. D. de pign. act.

q) L. 21. pr. D qui pot. in pign.

r) Icti Tvb. Vol. V. Conf. 55. n. 38. L. 12. pr. §. 7. D. qui pot. in pign. L. 16. §. 3. l. 17. D. l. 18. C. de pign.

Gläubiger wird derjenige gehalten, der früher eine Hypothek erhalten hat, als der andere [s]). Dazu ist aber nicht hinreichend, wenn Jemand einen Contract geschlossen hat, ohne sich eine Hypothek versprechen zu lassen, oder noch vor abgeschlossenem Contract eine Hypothek erhalten hat. Sollte also der Fall eintreten, daß A. heute einen Contract schließt, und B. morgen, und dieser bekommt zu seiner Sicherheit ein Pfand, hierauf aber erst der A; jetzt steht A. dem B. nach, in Rücksicht auf das Alter der Hypothek. Bey Contracten, welche mit Rücksicht auf eine bestimmte Zeit (sub die aut in diem) geschlossen, und zu deren Sicherheit eine Hypothek überlassen worden, geht der eigentliche Anfang des Unterpfandes zu der Zeit an, da der Contract seine Würklichkeit erhalten hat, und die Hypothek ertheilt ist [t]). Da bisweilen auch Contracte unter einer Bedingung abgeschlossen zu werden pflegen, so muß hierbey ein Unterschied gemacht werden, ob die Erfüllung derselben nur auf den Willen des Schuldners ankömmt, oder ob dieses nicht ist. Ist das letzte, so wird angenommen, die Bedingung sey gleich mit dem Contracte selbst erfüllt worden, und deswegen geht die Zeit der ertheilten Hypothek auch jetzt an [u]). Wenn aber die Erfüllung der Bedingung von dem Willen des Gläubigers allein abhängt, und

s) L. 1. §. 1. D. de Salu. int. L. 10. D. de pign.

t) L. 11. §. 2. L. 12. §. 2. D. qui pot. in pign. L. 4. D. quae res pign. l. 11. pr. D. qui pot. in pign. l. 12 §. 2. D. qui pot. in pign. HVBER ad Dig. Tit. qui pot. in pign. n. 22.

u) L. 9. §. 1. l. 11. §. 1. D. qui pot. in pign. LAVTERBACH Coll. theor. pract sub tit. qui pot. in pign. §. 8. et 9. CRELL de debito et hyp. condit. §. 5. et 6.

und vor der Erfüllung bekommt ein anderer zur Sicherheit seiner Forderung eine Hypothek; hier wird diese dem Unterpfande dessen vorgezogen, der unter einer Bedingung den Contract abgeschlossen, aber sie nicht zugleich erfüllt hat, da es doch in seinen Kräften stand x). Wird eine Hypothek an dem Vermögen einer Ehefrau, erst durch ihre nach einiger Zeit ertheilte Einwilligung gültig, so geht der Anfang der Hypothek auch jetzt erst an, und nicht damals als die Hypothek ertheilt wurde. Dieses geschieht auch bey Hypotheken, welche auf das Vermögen eines dritten ertheilt worden sind, anfangs ohne seine Einwilligung, hernachmals ist er es aber zufrieden. Hier geht die Gültigkeit der Hypothek ebenfalls erst von Zeit der Einwilligung an y). Wird derjenige, welcher eine fremde Sache verpfändet hat, in der Folge Eigenthümer derselben, so fängt auch die Gültigkeit der Hypothek erst von Zeit des erlangten Eigenthums an z). Sollte eine Unterpfandsverschreibung erneuert, und für die zeither verschrieben gewesene Hypothek eine andere Sache zur Hypothek überlassen werden, so sieht man bey Bestimmung des Alters dieses Unterpfandes auf die Zeit der Erneuerung; wenn nicht der Gläubiger die vorige Hypothek beybehalten hat. In diesem letztem Falle rechnet man das Alter der Hypothek, nach der Zeit der erstern Bestellung a); doch mit dem Unterschiede, daß die neue Schuld,

x) L. 1. §. 1. l. 11. pr. D. qui pot. in pign. HELLFELD D. de hyp. fisci, praes. in bon. post contr. quaes. §. 24. STEPHANI de priuil. cred. et eor. ord. in conc. §. 45.

y) Arg. l. 11. D. qui pot. in pign. l. 22. ad Sct. Vellei. GMELIN D. de Iure pign. vel hyp. in re al. §. 45. 46.

z) L. 9. §. vlt. D. qui pot. in pign.

a) Arg. l. 21. pr. D. qui pot. in pign. HELLFELD D. de hyp. fisci §. 23.

Schuld, und das zu deren Sicherheit ertheilte Unterpfand, erst von Zeit der erneuerten Hypothek an gerechnet wird [b]). Bisweilen ist der eigentliche Anfang einer Hypothek gar nicht bekannt, weil die Bestimmung der Entstehung der Schuld nicht ganz deutlich herausgebracht werden kann, indem es z. B. in der Obligation heißt, im Jahr 1790, um Michael, Weihnachten, u. s. f. Wenn dieser Fall vorkommt, so wird die Hypothek allen übrigen nachgesetzt, wenn man gar keinen Anfang herausbringen kann; ist aber doch ein Jahr oder Monat genannt, so wird der letzte Tag des Jahres oder Monats für den Zeitpunkt der gegebnen Hypothek gehalten [c]). Kommt der Gläubiger dabey zu kurz, so muß er sich die Schuld beymessen, daß er nicht für die gehörige Gewißheit gesorgt hat. Sollte mehrern an einem Tage etwas zur Hypothek überlassen worden seyn, und der eine läßt die Stunde anmerken, der andere aber nicht, so wird die erste Hypothek für älter gehalten [d]). Eine gesetzliche Hypothek wird von der Zeit an gerechnet, da die Schuld entstanden ist, zu deren Sicherheit sie gereicht. Der Umstand, daß die eine Hypothek eine allgemeine, und die andere eine besondere ist, macht in Ansehung des Vorzugs keine Aenderung; sondern die ältere geht auch hier allemal vor [e]). Diesen Grundsätzen gemäß muß eine ältere allgemeine Hypothek, die sich zugleich auch auf die künftigen Güther erstreckt, aus dem sämmtlichen Vermögen des Schuld-

b) SCHOEPFF Dec. 29. n. 3.

c) LEYSER Spec. 486. med. 8.

d) THOMASIVS D. de prior. atque poster. temp. dub. atq. inc. § 121.

e) L. 2. D. L. 6. C. qui pot. in pign. WIBEL de iure praef. cred. §. 12. GAIL Obs. Libr. 2. Obs. 25. n. 4. BALTHASAR collat. de classif. cred. S. 91.

Schuldners befriedigt werden, so daß selbst eine besondere Hypothek angegriffen werden kann, wenn es dem Gläubiger so gefällt [f]). Ist derjenige, der eine allgemeine Hypothek hat, nicht befriedigt worden, weil das Vermögen des Schuldners nicht zureicht, und er erwirbt in der Folge neues Vermögen, so kann auch dieses angegriffen werden, wenn ein neuer Concurs darüber entstanden seyn sollte. Wer aber blos eine besondere Hypothek gehabt hat, und diese reicht nicht zu, so gehört er in dem neuen Concurs unter die gemeinen Gläubiger. Hat Jemand eine specielle Hypothek, so kann er sich zwar an die ihm zur Hypothek verschriebene Sache ganz allein halten, so daß ihm ohne Unterschied alle spätere allgemeine und besondere hypothekarische Gläubiger nachstehen müssen; allein wenn diese specielle Hypothek zu seiner Befriedigung nicht zureicht, so wird er nun wegen des Rests unter die übrigen Gläubiger gesetzt, die keine Hypothek haben [g]). Und sollte seine specielle Hypothek etwa gar nicht mehr vorhanden seyn, so wird er auch nicht weiter für einen hypothekarischen Gläubiger gehalten, doch wird so lange vermuthet, daß das besondere Unterpfand zur Befriedigung zureicht, bis das Gegentheil deutlich bewiesen worden [h]). Besteht also z. B. die specielle Hypothek in einem Hause, und dieses stürzt ein, oder brennt ab, so nimmt die darauf haftende besondere Hypothek damit zugleich ein Ende. Der Platz bleibt jedoch noch immer mit der

f) L. 2. D. qui pot. in pign. L. 8. D. de distr. pign. l. 6. C. qui pot. in pign. l. 3. C. de remiss. pign. LAUTERBACH Coll. theor. pract. tit. qui pot. in pign. §. 1.

g) L. 28. D. de reb. cred.

h) SCHOEPFF Dec. 347. n. 22. MEVIUS Part. II. Dec. 116. HARPRECHT Resp. 93. n. 240.

der besondern Hypothek beschwert, welches die Folge hat, daß; wenn ein anderes Haus darauf erbaut worden, dieses so wie das vorige, ein Gegenstand der besondern Hypothek wird i). Es kann daher derjenige, welchem eine specielle Hypothek zusteht, bisweilen sogar Schaden davon haben, nämlich wenn sein Schuldner noch andere Gläubiger hat, zu deren Sicherheit eine allgemeine Hypothek bestellt worden, und diese dringen nun auf den Verkauf aller ihnen zur Hypothek verschriebenen Sachen, wo sichs aber zuträgt, daß Niemand das besondere Unterpfand kaufen will. Jetzt schliessen die Gläubiger, welche eine allgemeine Hypothek haben, den besondern hypothekarischen Gläubiger aus, und er kann weiter nichts verlangen, als die Ablieferung seiner besondern Hypothek k). Es ist bereits S. 49 gesagt worden, daß ohne des Schuldners Einwilligung keine öffentliche Hypothek bestellt werden darf. Sollte er es jedoch seinem Gläubiger ausdrücklich versprochen haben, und nachher weigert er sich ohne gegründete Ursache, die gerichtliche Bestellung zu bewirken, so kann die Obrigkeit zur Strafe seiner widerrechtlichen Weigerung die Hypothek allerdings ertheilen. Nur muß der Schuldner vorher unter der Bedrohung, daß bey seiner fernern Verweigerung, dem Gläubiger die gerichtliche Bestätigung ertheilt werden solle, zur würklichen Bestellung der gerichtlichen Hypothek von der Obrig-

i) L. 16. §. 2. l. 29. §. 2. D. de pign. et hyp. l. 21. D. de pign. act. l. 98. §. 8. D. de solut. HVBER prael. ad tit. quib. mod. n. 9. LAVTERBACH Coll. theor. pract. ad tit. quib. mod. pign. §. 10.

k) SCHMALCALDER D. de iud. bonor. obaerati assignatione §. 10. Emelins Ordnung der Gläubiger S. 255.

Obrigkeit aufgefordert worden seyn l). Die obrigkeitliche Bestätigung muß nicht blos auf die Hypothek, sondern auch auf den Hauptcontract, zu dessen Sicherheit die Hypothek versprochen worden, gerichtet werden. Alsdenn ist aber noch keine öffentliche Hypothek vorhanden, wenn z. B. der Schuldner die Bezahlung einer Schuld unter Verpfändung seines Vermögens, vor Gericht versprochen hat; oder wenn die Obrigkeit eine ertheilte Privathypothek in der Folge bestätigt m). Nicht weniger macht schon die bloße obrigkeitliche Bestätigung einer Schuldverschreibung, oder der Befehl zu contrahiren, eine öffentliche Hypothek. Ja es ist auch die bloße Bestätigung des Landesherrn, oder eines Notarius nicht hinreichend. Desgleichen wird eine Hypothek alsdenn noch nicht eine öffentliche, weil sie in einem gerichtlichen oder dem Regenten überreichten Testament versprochen worden n). Eben so wird eine Privathypothek auch dadurch noch nicht zu einer öffentlichen, weil der Richter den Aufsatz über das Geschäfte, zu dessen Sicherheit die Hypothek gereichen soll, blos unterschrieben hat, ohne dabey ausdrücklich zu sagen, daß die Hypothek gerichtlich bestätigt seyn solle; denn er kann durch die Unterschrift sonst etwas anders bezeugen, z. B. die von der Frau geschehene Verzichtleistung, oder die Tüchtigkeit der bestellten Bürgen. Dadurch, weil das Gerichtssiegel unter eine Obli-

l) BALTHASAR Collat. de classif. cred. S. 72. KRAVSE D. requis. hypoth. conuent. in bon. immob. constit. §. 10.

m) SCHWEDER D. de auct. publ. ad pign. s. hyp publ. const. nec. §. 2. 5. 9. 13. SCHOEPFF Dec 29. n. 4. et 11. BRUNNEMANN in Proc. conc. cred. c 5.

n) BALTHASAR de classif. cred. S. 72. SCHWEDER de auct. publ. ad pign. §. 8.

Obligation gedruckt worden, entsteht ebenfalls keine gerichtliche Hypothek, hauptsächlich alsdenn, wenn in der Urkunde der Hypothek gar nicht einmal gedacht worden. Man muß deswegen so strenge bey Bestimmung der Frage seyn, wenn in jedem besondern Falle, würklich eine gerichtliche Hypothek ertheilt worden, oder nicht, weil die Folgen davon für den Richter sowohl, als für die Interessenten so sehr wichtig sind. Eine Hypothek, welche ein Schuldner der Obrigkeit selbst bestellt, zu Sicherheit ihrer Anforderung, gilt allerdings o). Confirmirt nun diese Obrigkeit in der Folge auch andere Hypotheken ihres Schuldners, so entsagt sie dadurch keinesweges ihrer habenden Hypothek, denn hier wird sie als eine andere Person, nämlich als Obrigkeit, und nicht als Gläubiger betrachtet. Damit dagegen kein Zweifel vorgebracht werden soll, pflegen eben die Richter in die Confirmation der Hypothek, die Worte einzurükken: unbeschadet ihrer eignen Rechte. Die Kraft einer aus einem Vertrag herrührenden, und öffentlich bestätigten Hypothek, besteht nun darin; daß sie allen nicht privilegirten Hypotheken, welche keine öffentlichen sind, wenn sie auch weit älter seyn sollten, vorgezogen werden. Kommen aber mehrere öffentliche Hypotheken zusammen, so geht allemal die ältere vor, so daß hierbey aus der verschiednen Art, wie sie bestellt worden, kein Vorzug entspringt p). Das römische Recht hat den gerichtlichen Hypotheken, diejenigen welche in einem Instrument, durch die Unterschrift dreyer ehrbaren Zeugen bestätigt worden, in

o) KRAVSE D. de requis. hypoth. con. §. 16.

p) KOBIVS de pec. mut. tuto colloc. c. 5. §. 54. HARPRECHT D. de pign. publ. §. 5. 6. SCHWEDER de auct. publ. §. 22. 25. MEVIVS Part. VII. Dec. 139.

in Ansehung des Vorzugs vor Privathypotheken gleich gemacht q). Zum Unterschiede von den gerichtlichen werden sie quasi-publica genennt. Wo sie nicht durch Landesgesetze ausdrücklich abgeschaft sind, gelten sie auch bey uns in Teutschland ebenfalls noch, und gehören alsdenn mit unter die nicht privilegirten Hypotheken. Nach diesen Arten von öffentlichen Hypotheken, kommen die sogenannten richterlichen Unterpfänder (Handb. 4 Th. S. 640). Sie entstehen alsdenn, wenn ein Gläubiger, nachdem wider seinen Schuldner, ein rechtskräftiges Urtheil auf die Bezahlung der Schuld, gesprochen worden, oder weil aus einem Instrument, sogleich auf die Execution angetragen werden kann, oder vermöge eines landesherrlichen Rescripts, in seines Schuldners Güther eingesetzt wird. Durch diese Einsetzung erlangt der Gläubiger ein richterliches Unterpfand r). Einige Rechtslehrer s) halten diese Hypotheken für öffentliche, andere für gesetzliche, und noch andere für bloße Privat-Hypotheken t). Die letztern sagen, nur solche Hypotheken, die aus einem geschlossenen Vertrage herrühren, und hierauf vom Richter bestätigt worden, sind öffentliche Hypotheken. Ueberdies darf der Richter, durch die Einsetzung in den Besitz,

q) L. 11. C qui pot. in pign. HELLFELD de praerog. hypoth. publ. §. 28.

r) L. 10. D. l. 13. C. qui pot. in pign. l. 1. C. si in caus. iud. pign. capt. CONS. ICT. TVBING Vol. I. Cons. 36. n. 24. §. 12. §. 12.

s) de CRAMER Obs. Iur. vn. Tom. I. Obs. 460. BOEHMER D. de praer. hyp. publ. c. 1.

t) L. 10. D. qui pot. in pign. SCHVLTING thes. contr. Dec. 75. n. 8. in Com. acad. Vol. III. S. 256. ESTOR de conturb. Illust. §. 47. STEPHANI de priu. Cred. §. 48. KVSTNER Pign. in causa iudic. capt. §. 21. Hofmanns teutsche Reichsprax. Part. II. §. 1284.

einem andern sein älteres wohl erworbenes Recht nicht nehmen; und deswegen ist der eingesetzte Gläubiger sogar schuldig, einem ältern Gläubiger dessen in Besitz habende Hypothek abzutreten u). Kommen mehrere dergleichen gerichtliche Unterpfänder zusammen, so geht allemal das ältere vor, und gleichzeitige genießen gleiches Recht x). Sie werden von der Zeit an gerechnet, da der Gläubiger den Besitz erhalten hat, oder da die Einsetzung hätte geschehen sollen, und blos durch die Widersetzlichkeit des Schuldners ist verhindert worden. In diesem Falle wird die Einsetzung für würklich geschehen angenommen, wie auch alsdenn, wenn der Schuldner selbst erklärt, er wolle sie als geschehen anerkennen, oder der Richter ist durch seine Nachläßigkeit oder Bosheit an der unterbliebnen Einsetzung Schuld y). Weiß aber der Gläubiger, daß der Schuldner nicht so viel im Vermögen hat, um auch seine übrigen Gläubiger zu bezahlen, und daß der Concurs ausbrechen wird, so hilft ihm die ausgebrachte Einsetzung in das Vermögen desselben nichts z). Von dem richterlichen Unterpfande, unterscheidet das römische Recht, die vom Prätor herrührenden Hypotheken. Der Prätor ertheilte nämlich einem Gläubiger alsdenn, wenn sein Schuldner nicht erschien, den Besitz von dem Vermögen desselben, in der Absicht, damit der Schuldner

u) L. 15. §. 5. D. de re iud. MEVIVS Part. V. Dec. 38. et 363. Part. VII. Dec. 40. n. 2. ICTI TVBING Vol. VIII. Conf. 63. n. 24.

x) L. 2. C. qui pot. in pign. KÜSTNER D. Pign. in c usa iud. capt. §. 21.

y) C. 9. X. de dolo et cont. MAIER D. de miss. in possess. ex primo et sec. decr. th. 13. SCHOEPFF Dec. 284. n. 9.

z) L. 6. §. 7. D. de his, quae in fraud. cred.

Schuldner die Güther nicht etwa veräußerte, und dadurch gezwungen werden sollte, seine Sache auszuführen. Dadurch wurde aber weder eine gerichtliche Hypothek, noch auch ein Vorzug erlangt. Die Ursache lag darin, weil durch die Einsetzung des einen, auch alle übrigen Gläubiger, für eingesetzt gehalten wurden [a]). Doch mußten diejenigen davon, die sich in der nämlichen Provinz aufhielten, binnen zwey Jahren erscheinen, die Auswärtigen aber vor dem Ablauf von vier Jahren, die Einsetzung für sich annehmen, und dem ersten Besitzer ihren Antheil der Proceßkosten herauszahlen [b]). Jedoch bekam selbst nach dem römischen Rechte derjenige eine wahre Hypothek, der die Einsetzung zu Behauptung seines Rechts an der Sache gesucht hatte, (rei seru. c.) welcher Fall bey Vermächtnissen, bey dem drohenden Einsturz eines Gebäudes, u. s. f. statt hatte. Dieser Vortheil wurde ihm auch dadurch nicht entzogen, daß er den bereits gehabten Besitz wieder verlohr, sondern dieses prätorische Unterpfand wurde nach den öffentlichen Hypotheken, mit den Privatunterpfändern nach der Zeitfolge geordnet [c]). Mit diesem prätorischen Unterpfande, muß man den angelegten Arrest auf des Schuldners Vermögen, nicht verwechseln, denn nach dem römischen Rechte wird dadurch keine Hypothek erlangt, weil die übrigen Gläubiger ihn ebenfalls suchen können,

a) L. fin. C. de bon. aut. iud. poss. l. 5. §. 2. D. vt in poss. leg. MEVIVS Part. V. Dec. 124.

b) L. f. C. de bon. aut. iud. poss. BRUNNEMANN Proc. Conc. cred. c. 5. §. 55.

c) L. 16. pr. D. de pign. act. l. 18. §. 6. D. fam. erciſc. l. 2. pr. D. pro hered. l. 3. l. 5. C. vt in poss. leg. l. 2. C. qui pot. in pign. l. 3. §. 1. D. de reb. eor. qui sub tut. L. 2. C. de praet. pign.

damit jeder dadurch zu dem Seinigen kommen möge [d]). Eben so erlangt ein Gläubiger dadurch, daß er ein richterliches Verbot ausgebracht, nichts zu veräußern, keine Hypothek, noch Vorzugsrecht; so wie dieses auch durch eine vom Schuldner geschehene Anweisung nicht geschieht; ausgenommen alsdann, wenn der Schuldner seinem Gläubiger etwas als die Bezahlung für seine Forderung angewiesen hat, ohne daß er dabey die Absicht hatte, seine übrigen Gläubiger zu hintergehen [e]). Dadurch ist der Gläubiger wahrer Eigenthümer worden, und darf die erhaltene Sache nicht mit zur Concursmasse abliefern. Unter den nicht privilegirten Hypotheken verdienen die gesetzlichen die gröste Aufmerksamkeit, ihrer großen Anzahl wegen. Man nennt nämlich diejenigen Unterpfänder gesetzliche Hypotheken, welche durch besondere Gesetze im Corpus Iuris, als Sicherheitsmittel für eine bestimmte Anforderung anerkannt sind, wenn gleich deswegen kein Vertrag unter dem Gläubiger und Schuldner darüber geschlossen worden. Das römische Recht nimmt als die Ursache dieser Hypotheken an, entweder eine besondere Begünstigung des Gläubigers, oder seiner Forderung, oder eine vermuthete Uebereinkunft des Gläubigers mit seinem Schuldner, oder die natürliche Billigkeit [f]). Jede gesetzliche Hypothek erfordert aber allemal ein deutliches Gesetz; und sie kann auch weder von einer Per-

d) HOLLAND de arrest. c. 7. th. 7. HORN Resp. Cl. 13. n. 13. Strubens rechtl. Bed. 3 Th. 12. Bed. S. 73.

e) SCHOEPF Dec. 244 n. 4. LEYSER Spec. 395. med. 2. MEVIVS Dec. Part. II. Dec. 344.

f) L. 1. D. com. de legat. l. 6. C. de bon. quae lib. l. 4. l. 6. D. in quib. Caus. pign. LAVTERBACH de tac. seu. leg. hyp. th. 1. 4. HELLFELD Progr. de eo quod in hyp. tac. aequ. et iniq. est th. 1. in Opsc. n. 11.

Person auf die andere, noch von einem Fall auf den andern, noch von einem Ort auf den andern ausgedehnt werden g). Obgleich von den einzelnen gesetzlichen Hypotheken bereits im 4. Th. dieses Handb. S. 641, etwas gesagt worden, so wird es dennoch nicht ohne Nutzen seyn, auch hier noch verschiednes beyzubringen. Zuerst von der gesetzlichen Hypothek des Vermiethers eines Gebäudes. Diesem legen die römischen Gesetze h), zur Sicherheit des ausbedungenen Miethgeldes, und des Schadenersatzes für den gesetzwidrigen Gebrauch des gemietheten Gebäudes, eine Hypothek bey, an allen Sachen, die der Abmiether in das gemiethete Gebäude mitgebracht hat. Die Rechtslehrer halten sie für die älteste gesetzliche Hypothek der Römer, und behaupten, man habe sie auf einen vermutheten Vertrag zwischen dem Vermiether und dem Abmiether gegründet, weil dergleichen Verträge in den ältern Zeiten geschlossen worden i). Damit diese gesetzliche Hypothek eintreten könne, werden folgende Umstände erfordert. Erstlich muß von Jemanden ein Grundstück, welches keine Früchte bringt, oder ein praedium vrbanum wie es in Gesetzen genennt wird, zum Gebrauch gemiethet worden seyn. Für dergleichen Grundstücke erklären die Gesetze alle Arten Häuser, als Wohnhäuser, Wirthshäuser, Mühlen, desgleichen

g) HARPRECHT Resp. 92. n. 192. et 194. LAVTERBACH D. de tac. pign. th. 8. SCHVLTING thes. contr. Dec. 76. n. 6. in Com. ac. Vol. III. S. 259.

h) L. 4. pr. D. de pact. l. 14. §. 1. D. de rel. l. 34. D. de damno inf. l. 2. l. 3. l. 4. l. 6. l. 7. §. 1. D. l. f. C. in quib. caus. pign. l. 5. C. locat.

i) L. 5. pr. D. de migrando. HERTIVS D. de pign. conu. tac. §. 21. LAVTERBACH de tac. pign. th. 40. BRVNNEMANN in Conc. cred. c. 5. §. 51.

Keller, Läden, Scheuern, die zur Conservation der Früchte, oder zum Ausdreschen oder Reinigung derselben gebraucht werden; ferner leere Plätze, wo man etwas hinlegt, oder eine Kunst treibt, Viehställe u. s. f. [k]). Die zweyte wesentliche Eigenschaft dieser gesetzlichen Hypothek besteht darin, daß die Sachen, worauf selbige haften soll, auch bereits würklich um der dadurch zu erreichenden Absicht willen, in das gemiethete Gebäude gebracht worden; denn eher ist die Hypothek noch nicht entstanden [l]). Drittens müssen diese Dinge deswegen in das gemiethete Gebäude gebracht worden seyn, daß sie daselbst bleiben, und ihren Aufbewahrungsplatz haben sollen [m]). Daher gehören alle diejenigen Sachen nicht hierher, welche deswegen dahin gebracht worden, um sie gegen ein Unglück, z. B. Wassersnoth, Feuersgefahr, Plünderung u. s. f. sicher zu stellen; und welche man nach Uebergang der Gefahr wieder wegnehmen will. Ist etwas hingegen deswegen in der gemietheten Sache befindlich, daß es der Abmiether entweder in seiner Haushaltung brauchen, oder zu seiner Zeit verkaufen will, so haftet die stillschweigende Hypothek darauf; es mögen diese Dinge in Lebensmitteln, oder Kaufwaaren, oder im baaren Gelde, oder im Hausrath bestehen [n]). Wenn aber etwas ein Gegenstand dieser zeither erklärten stillschweigenden Hypothek seyn soll,

k) L. 4. pr. D. de pact. l. 2. l. 3. D. in quib. causs. pign. LAUTERBACH D. de iure in curia merc. vsit. §. 83. IDEM de tac. s. leg. hyp. th. 79.

l) L. 11. §. 2. D. qui pot. in pign.

m) L. 7. §. 1. D. in quib. causs. pign. L. 32. D. de pign. et hyp.

n) LAUTERBACH Coll. theor. pract. sub tit. in quib. causs. pign. §. 95. et in Diss. de tac. hyp. th. 41. n. 7. th. 75. et 87.

soll, so wird erfordert, daß die Sache ein Eigenthum des Abmiethers sey. Daher gehören die Sachen seiner Frau, seiner Kinder und Dienstbothen nicht mit zu den stillschweigend verpfändeten Sachen. Eben so gehören auch Sachen eines Pupillen, oder fremde Sachen nicht mit dazu, es müste denn der Eigenthümer in der Absicht, daß der Vermiether hintergangen werde, dazu stille geschwiegen haben o). Die Sachen eines Minderjährigen sind nur alsdann dieser gesetzlichen Hypothek unterworfen, wenn er entweder allein ein Haus gemiethet hat, oder zugleich mit seinem Curator, es müßten denn solche Sachen seyn, die ohne ein richterliches Decret nicht verpfändet werden dürfen p). Wenn der Abmiether von seiner gemietheten Sache wieder etwas vermiethet, so hat auch er an den Sachen dieses seines Miethmannes eine stillschweigende Hypothek, aber nicht zugleich auch der erste Vermiether. Bezahlt also der zweyte Abmiether seinen Zins, so wird dadurch die auf seinen Sachen liegende Hypothek aufgehoben, wenn gleich der erste Abmiether den Zins an den Vermiether noch nicht bezahlt haben sollte. Wenn aber weder der zweyte noch der erste Abmiether den Zins bezahlt hat, so behaupten die Rechtslehrer, habe der Vermiether so lange an den eingebrachten Sachen des zweyten Abmiethers, eine stillschweigende Hypothek, bis er seinen schuldigen Zins entrichtet habe q). Diejenigen Sachen, welche der

o) Arg. l. 16. pr. D. de pign. act. l. 1. l. 3. C. arg. l. 2. C. si res al. pign. l. 11. C. de distr. pign. LAVTERBACH C. th. pr. l. c. §. 109. IDEM de tac. hyp. th. 83.

p) Arg. l. 16. pr. D. de pign. act. l. 27. D. de admin. tut. LAVTERBACH D de tac. hyp. th. 4.

q) Arg. l 11. §. 5. D. de pign. act. LAVTERBACH de tac. hyp. th. 84. HERTIVS D. de pign. conu. tac. §. 24.

Abmiether nicht einmal ausdrücklich verpfändet haben würde, und welche die Gesetze selbst nicht mit zu einer allgemeinen Hypothek rechnen, gehören nicht mit zu der stillschweigenden Hypothek, welche der Vermiether wegen seines Miethzinses hat. Dergleichen Sachen sind die Bücher der Gelehrten, das Handwerkszeug eines Handwerksmannes, die Waffen eines Soldaten, die Betten und nöthigsten Kleider; es müste denn der Miethsmann weiter nichts anders haben r). Wenn die zeither erklärte stillschweigende Hypothek statt haben soll, wird ferner erfordert, daß der Gebrauch der Sache für eine gewisse festgesetzte Vergüthung überlassen worden. Ob diese Vergüthung in baarem Gelde, oder in andern Dingen besteht, ist gleich viel s). So kommt auch darauf nichts an, ob der Abmiether die Sachen selbst eingebracht, oder dieses durch einen andern thun lassen, ob der Miethcontract das erstemal geschlossen, oder erneuert worden, ob der Vermiether Eigenthümer der vermietheten Sache ist, oder nicht t). Selbst alsdann hat diese stillschweigende Hypothek statt, wenn sich der Vermiether sogar auch eine ausdrückliche Hypothek bestellen lassen, oder der Abmiether hat gegen die Hypothek protestirt, es müste denn der Vermiether in diesem letzten Falle sein Recht erlas-

r) L. 6. l. 7. D. de pign. et hyp. CRELL de retent. hyp. ob non. deb. non perm. §. 1. LAVTERBACH Coll. theor. pract tit. loc. cond. §. 115. et in tit. in quib. caus. pign. §. 113.

s) L. 5. pr. D. in quib. causs. pign. LAVTERBACH de tac. hyp. th. 77. 78.

t) L. 5. C. locat. arg. l. fin. C. in quib. caus. pign. l. 13. §. 11. l. 16. C. loc. cond. arg. l. 11. pr. D. de pign. act. l. 7. l. 9. §. f. D. loc. cond.

erlassen haben u). Der Vermiether kann sich an die eingebrachten Sachen, nicht nur alsdann halten, wenn der Abmiether den Zins nicht bezahlt, sondern auch deswegen, weil er die Sache ruinirt, und überhaupt den Miethcontract nicht gehalten hat. Nur auf andere Schulden erstreckt sich diese Hypothek nicht x). Die Hypothek geht von der Zeit an, da die Sachen in das gemiethete Haus eingebracht worden, wenn auch gleich das Miethgeld erst in der Folge nicht bezahlt worden seyn sollte y). Wird etwas davon veräußert, so bleibt die Hypothek immer darauf, und der Vermiether kann die Sache mit der aus dem Pfandcontract herrührenden Klage zurück fordern, ausgenommen solche einzelne Sachen nicht, die zu einem Waarenlager, oder zu jeder ein Ganzes im Rechtsverstande ausmachenden Sache (vniu. rer.) gehören. Daß der Vermiether sowohl den geschlossenen Miethcontract, als auch das Einbringen der Sachen des Abmiethers beweisen müsse, versteht sich von selbst. Dieses gesetzliche Unterpfand gehört in so ferne unter die allgemeinen Hypotheken, weil alle eingebrachte Sachen dazu gehören, in anderer Rücksicht ist sie aber eine besondere Hypothek, wenn der Abmiether noch außer dem gemietheten Hause Sachen besitzt, die sein Eigenthum sind z), und so erstreckt sich diese Hypothek auch nicht auf die Sachen der beym Abmiether

u) BRVNNEMANN Proc. conc. cred. c. 5. §. 51. n. 4. LAVTERBACH de tac hypoth. th. 74. n. 3.

x) L. 2. D. in quib. caus. pign. arg. l. 1. §. 4. D. de migr. Strubens Bed. 3. Th. 12 Bed. S. 73.

y) L. 9 pr. l. 11. §. 2. D. qui pot. in pign. BERGER Oecon. Iur. lib. II. tit. 5. th. 6. not. 1. S. 382. edit. S. V. b. de WINCKLER.

z) LAVTERBACH de tac. hyp. th. 90. SCHOEPFF Differ. non. iur. com. et stat. Vlm. in conc. cred. diff. 7.

ther in Lohn und Brodt stehenden Personen, wenn sie an der gemietheten Sache Schaden verursacht haben [a]). So viel von der gesetzlichen Hypothek des Vermiethers, an den vom Abmiether mitgebrachten Sachen. Demjenigen, welcher ein Stück Feld oder Wiese, einen Garten, Weinberg, Wald, kurz eine Sache, welche im eigentlichen Verstande Früchte trägt, (Handb. 4. Th. S. 241.) an einen andern verpachtet hat, giebt das römische Recht zur Sicherheit seines Pachtgeldes, und wegen der übrigen, aus dem Pachtcontract herrührenden Forderungen, eine gesetzliche Hypothek an den Früchten [b]). Wenn dieses gesetzliche Unterpfand eintreten soll, wird erfordert, 1) daß die Früchte bereits von dem Abpachter eingeärntet sind; denn so lange sie noch stehen, oder es hat sie Jemand anders eingeärntet, hat diese Hypothek nicht statt [c]). 2) müssen die Früchte von dem Abpachter auch noch nicht verkauft, oder verbraucht worden seyn. Nach dem Verkauf kann sie zwar der Eigenthümer des verpachteten Guthes durch die Pfandcontractsklage zurückfordern, aber an dem dafür bezahlten Gelde hat er keine stillschweigende Hypothek [d]). Diese Hypothek zeigt ihre Kraft auch bey solchen Personen, an die der Abpachter wieder etwas verpachtet hat, wie wir bey dem Miethgelde gesehen haben [e]), und sie geht erst von Zeit der Absonderung der Früchte an, und nicht gleich vom Anfang des geschlossenen Pachtcontracts, weil der Abpachter nicht

a) HARPPRECHT in trut. XX. pign. tac. spur. §. 8. Emelins Ordnung der Gläubiger S. 288.

b) L. 7. pr. D. in quib. causs. pign. tac. l. 24. §. 1. l. 53. D. locat. cond.

c) Arg. l. 45. D. de reg. Iur. l. 16. §. 1. D. de furt.

d) LAVTERB. D. de tac. hyp. th. 91.

e) L. 24. §. 1. D. locat.

nicht eher Eigenthümer derselben ist, und folglich auch nicht eher eine Hypothek darauf geben kann, obgleich Berger behauptet, schon von der Zeit des geschlossenen Contracts an, müsse die Hypothek gerechnet werden [f]). Außer den zeither erläuterten gesetzlichen Hypotheken, haben auch die Kinder nach dem römischen Rechte, eine gesetzliche Hypothek an dem ganzen Vermögen ihres Vaters, zur Sicherheit ihrer von der Mutter herrührenden Vermögens, der Vater mag in der zweyten Ehe leben oder nicht [g]). Unter Güthern, welche von der Mutter herrühren, versteht man überhaupt alles Vermögen, welches von mütterlichen Ascendenten herkommt. Alsdenn haben die Kinder sogar eine stillschweigende Hypothek, an dem Vermögen, sowohl des Vaters als der Mutter, wenn diese etwas von dem verstorbnen Ehegatten geerbt, oder zum Geschenk erhalten haben, und nachher in die zweyte Ehe getreten sind. Denn durch die zweyte Heyrath verliehrt der überlebende Ehegatte, nach dem römischen Rechte, das Eigenthum dieser ererbten oder geschenkt erhaltenen Sachen, so daß der Vater weiter nichts als den Niesbrauch und die Verwaltung behält, und die Kinder erster Ehe werden nun Eigenthümer davon. Zur Sicherheit dieses Eigenthums legt nun eben das römische Recht [h]), den Kindern eine stillschweigende Hypothek bey. Sollte aber der Vater auch von solchem

Ver-

f) Gmelins Ordnung der Gläubiger. S. 291. BERGER. Oecon. Iur. Lib. II. Tit. 5. th. 6. not. 1. S. 382. edit. nouiss.

g) L. 8. §. fin. C. de sec. nupt. l. 6. §. fin. C. de bon. quae lib. L. 2. C. de bon. mat. SCHOEPFF Dec. 284. n. 14. Strubens rechtl. Bed. 3 Th. 54. Bed. S. 204.

h) L. 3. l. 5. pr. §. 2. l. 6. l. 8. §. 4. et 5. C. de sec. nupt. Nov. 22. c. 34.

Vermögen der Kinder, welches nicht für mütterliches gehalten werden kann, die Verwaltung und den Niesbrauch haben, so kommt den Kindern deswegen keine gesetzliche Hypothek nach dem römischen Rechte zu. Unter das Vermögen der Kinder, welches nicht für mütterliches gehalten wird, rechnet man die vom Vater selbst herrührenden Sachen (pec. prof.), das Soldatenpeculium, und die übrigen Arten von Peculium (pec. quasi castr. aduent. irreg.), das Pathengeld, wenn es nicht von mütterlichen Anverwandten gegeben worden. Wegen solcher mütterlichen Sachen, welche der Vater gar nicht verwaltet hat, giebt das römische Recht den Kindern ebenfalls keine gesetzliche Hypothek, so wie auch deswegen nicht, weil der Vater das mütterliche Vermögen, eine längere Zeit benutzt hat, als er dazu berechtigt war [i]). Wenn die Kinder von diesem gesetzlichen Unterpfande Gebrauch machen wollen, müssen sie nicht der Eltern Erben geworden seyn, oder wenigstens nicht anders, als mit Berufung auf die Rechtswohlthat des Inventariums (sub benef. inuent.); denn sonst müssen sie als Erben für die Handlungen der Eltern stehen [k]). Ferner müssen die den Kindern gehörenden Sachen nicht durch einen Unglücksfall zu Grunde gegangen seyn, denn dadurch geht die Sache ihnen als Eigenthümern, verlohren, weil jeder Eigenthümer seinen erlittenen Schaden selbst tragen muß. Waren es jedoch solche Sachen, welche nicht anders benutzt werden konnten, als durch den gänzlichen Verderb, so

i) THOMASIVS Pr. de vsu pec. pract. FROMMANN de administr. aduent. legit. §. 36. LEYSER Spec. 164. Med. 8.

k) Emelins Ordnung der Gläubiger. S. 297. HARPRECHT Conf. Tubing. 59. n. 68.

so tragen die Kinder den Schaden nicht, sondern die Eltern; desgleichen auch alsdenn, wenn die Eltern die Sache für einen gewissen Werth angeschlagen erhalten haben [l]). Drittens hat diese gesetzliche Hypothek nur alsdenn statt, wenn das Vermögen der Kinder, das von mütterlicher Seite herrührt, von dem Vater verwaltet worden, und er zugleich den Niesbrauch davon erhoben hat. Die Kinder müssen also beweisen, 1) daß sie mütterliches Vermögen gehabt, 2) daß der Vater dasselbe verwaltet und benutzt habe. Ob die Kinder majorenn sind oder nicht, ob die Eltern der Kinder Vermögen aus Bosheit oder Nachläßigkeit übel verwaltet hatten, darauf kommt in Rücksicht auf die ihnen zukommende Hypothek nichts an [m]). Diese Hypothek gehört unter die allgemeinen Hypotheken, und haftet folglich auf dem ganzen Vermögen des Vaters oder der Mutter. Der Anfang wird von der Zeit an gerechnet, da die Verwaltung des Vermögens angegangen ist [n]). Ist also die Frage von dem mütterlichen Vermögen, welches der Vater verwaltet hat, so geht die gesetzliche Hypothek von der Zeit an, da der Vater im Namen der Kinder die mütterliche Erbschaft antreten sollen; und wird in der Folge etwas von des Vaters Vermögen veräußert, so geht die den Kindern gegebne gesetzliche Hypothek zugleich mit der Sache auf den neuen Besitzer über. Dieses Recht der Kinder ist jedoch nicht so stark, daß sie schon deswegen die geschehene Veräußerung der väterlichen Sache anfechten, oder verhindern könnten [o]). Auch die Pupillen und

l) Consil. Tvbing. Vol. III. C. 233. n. 23. 40.

m) Lavterbach de tac hyp. th. 46.

n) L. 6. §. fin. Cod. de bon. quae lib.

o) Arg. l. 18. C. de pignor. et hyp. l. 12. C. de distr. pign. l. 8. §. 5. C. de sec. nupt. Berger Oec. Iur. Lib. II.

und Minderjährigen, genießen nach Verordnung des römischen Rechts, den Vorzug, daß auf dem Vermögen ihrer Vormünder, zur Sicherheit ihres Vermögens, eine gesetzliche Hypothek haftet, da sie anfangs nur ein persönliches Vorrecht hatten p), welche aber nicht für privilegirt gehalten werden kann. Das römische Recht giebt diese Hypothek zwar nur den Pupillen und Minderjährigen, doch wird sie mit Grunde auch auf die Rasenden ausgedehnt; auf Verschwender aber und andere Personen kann sie nicht erstreckt werden q), z. B. auf die Tauben und Stummen. Vielweniger kann man diese stillschweigende Hypothek auf das Vermögen anderer Verwalter fremder Güther, der Bevollmächtigten, oder derer, die ohne Vollmacht des andern Güther besorgt haben, der Schaden, den sie verursacht, mag noch so groß seyn, erstrecken r). Eben so wenig kann man eine solche Hypothek annehmen, an dem Vermögen des Curators eines Frauenzimmers, dessen der für einen Minderjährigen einen Proceß führt, der Güther-

II. tit. 5. thes. 3. not. d. LAVTERBACH D. de tac. pign. th. 39.

p) L. 19. §. 1. D. de reb. aut. iud. poss. l. 42. l. 44. §. 1 D. de admin. tut. l. 52. pr. §. 1. D. de pec. L. 20. C. de adm. tut. l. vn. §. 1. C. de rei vx. act. NOV. 118. c. 5. in f. PERILL. H. G. BAVER. D. de pign. pupilli. Lips. 1760. HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 359.

q) L. fin. §. 5. C. de curat. fur. PERILL. H. G. BAVER D. de pign. pup. §. 31. 32 33. BERGER Oec. Iur. lib. II. tit. 5. th 2. n. 1. edit. b. de WINCKLER. S. 375. SCHOEPFF Dod. diff. Iur. ciu. et Würt. th. 12.

r) LAVTERBACH D. de tac. hyp. th. 40. HARPRECHT Trut. XX. pign. spur. th. 10. n. 60 de PVFENDORF Obs. T. I. Obs. 202, Strubens Bedenken 4 Th. 149. Bed.

Gütherpfleger eines Abwesenden, oder von den Feinden Gefangnen, eines noch nicht gebornen Kindes, einer noch nicht angetretenen Erbschaft, einer Concursmasse; auch nicht an dem Vermögen des von dem Vormund, zu Führung eines den Mündel angehenden Processes, Bevollmächtigten (Actor), des Bürgen eines Vormundes oder Curators, eines Testamentsexecutors, wenn die Sache auch milde Stiftungen betrift, des Verwalters der Einkünfte einer Innung [s]). Von der Hypothek an dem Vermögen der Protutorum sagt zwar das römische Recht nichts; allein die Praxis hat sie eingeführt, und eben dieses ist auch durch teutsche Landesgesetze oder Gewohnheiten an sehr vielen Orten, welche jedoch bewiesen werden müssen, in Rücksicht auf die Verwalter des Vermögens, welches Kirchen und andern geistlichen Stiftungen gehört, geschehen [t]). Ob der Vormund ein im Testament ernannter, oder ein gesetzlicher, ob es die Mutter, Grosmutter, oder ein Fremder ist, ob er die Verwaltung selbst geführt hat, oder sein Mitvormund, darauf kommt nichts an. Ja sogar die der Ehre wegen, oder zur Aufsicht ernannten Vormünder, müssen sich die gesetzliche Hypothek gefallen lassen; jedoch mit dem Unterschiede, daß ein solcher Vormund, der nicht selbst verwaltet hat, nicht eher für den Schaden zu stehen braucht, als bis der betrügerische

s) OTTO de perp. foem tut c. 2. §. 8. REINHARDT D. gen. curae sex. et aet diff. cum vsu pract. §. 29. Gmelins Ordnung der Gläubiger S. 305.

t) LAUTERB. ad D. h. t §. 47. PERILL H. G. BAUER D. de pign. pup. §. 21. et 38. BEYER D. de tac. pign. c. 3. §. 6. BOEHMER D. de administr. bonor eccles. c. 3. §. 6. HOFACKER Princ. lur. ciu. 2 Th. S. 359.

trügerische Vormund nicht bezahlen kann u). Die Hypothek zeigt alsdenn ihre Würkung, wenn der Vormund durch seine üble Wirthschaft, es mag aus Bosheit oder grober Nachläßigkeit geschehen seyn, dem Pflegbefohlnen Schaden verursacht hat x). In Ansehung anderer Schulden hat diese Hypothek nicht anders statt, als wenn der Vormund entweder allein, oder mit Zuziehung eines besondern zu dieser Handlung nothwendigen Curators, oder seines Nebenvormundes, ein Darlehn auf des Unmündigen sein Vermögen aufgenommen, oder überhaupt dem Unmündigen etwas schuldig seyn sollte y). Selbst alsdenn, wenn der Vormund an den Vater seines Pflegbefohlnen etwas zu bezahlen gehabt, und diese Schuld nicht berichtigt hat, wird sein Vermögen mit der gesetzlichen Hypothek beschwert z). Der Vormund hat widerrechtlich gehandelt, 1) dadurch, daß er sich, da er doch nicht zu bezahlen im Stande war, von dem Pupillen Geld geborgt, oder durch einen andern borgen lassen, und 2) deswegen, daß er an seinen Pflegbefohlnen, die dessen Vater bereits schuldig gewesene Post nicht zu rechter Zeit abgetragen hat a). Die gesetzliche Hypothek welche der Pflegbefohlne an dem Vermögen seines Vormundes hat, geht sogar auf die Erben des Vormunds über, doch nur in so ferne, daß sie sich nicht weiter erstreckt, als auf das von ihm ererbte Vermögen, so wie sie auch als ein Real-

u) L. 8. C. de adm. tut. L. 2. C. si tut. vel. cur. LAUTERBACH de tacito pignore th. 38.

x) L. 20. D. de adm. tut. tot. tit. Cod. si tut. vel. cur. non gest.

y) L. 69. D. de fideiuss.

z) Gmelins Ordnung der Gläubiger S. 309.

a) L. 6. §. 4. l. 9. §. 1. D. de adm. tut. arg. l. 31. D. Mand. Strubens Bed. 4 Th. 149. Bed. S. 361.

Realrecht allen Erben des Pflegbefohlnen zusteht b). Es erstreckt sich diese Hypothek auf das sämmtliche Vermögen der Vormünder, gegenwärtiges und zukünftiges, auf das, was sie während der geführten Vormundschaft bereits gehabt, als auch darauf, was sie nach geendigter Vormundschaft erworben haben c). Was die Zeit anbetrift, wenn man den Anfang der gesetzlichen Hypothek zu rechnen hat, womit das ganze Vermögen des Vormundes beschwert ist, so geht diese von dem Tage an, da der Vormund schuldig war die Vormundschaft zu übernehmen, oder heutzutage, von Zeit der obrigkeitlichen Bestätigung, weil die Vormünder sich nicht eher der Verwaltung der Güther ihres Pflegbefohlnen unterziehen dürfen, als bis sie bestätigt sind d). Man sieht also nicht darauf, zu welcher Zeit die schlechte Verwaltung vom Vormund geschehen ist, oder wenn er zum Schadenersatz verurtheilt worden; so wie auch darauf keine Rücksicht genommen wird, ob sich das Vermögen des Unmündigen nach erhaltener Vormundschaft vermehrt hat e). Der Frau geben die Gesetze ebenfalls eine Hypothek an dem ganzen Vermögen des Mannes, wegen ihres Paraphernalvermögens, oder derjenigen Güther, die sie außer dem Brautschatze, dem Manne zur Verwaltung überlassen hat f).

b) DEINLIN D. de transitu hyp. tac. in bon. tut. ad hered. pup. Alt. 1724. MEVIVS Dec. Part. VIII. Dec. 393.

c) Perill. H. G. BAVER de tacita hyp. pupillo in bon. tut. allod. et feud. comp. Lipf. 1761.

d) Arg. l. 6. §. fin. C. de bon quae lib. L. 15. C. de excuf. tut. l. 1. §. 1. D. l. 6. C. de adminiftr. tut.

e) LAVTERBACH Coll. theor. pract. tit. in quib. cauff. pign. §. 46. CRELL D. de debito et hypotheca condit. th. 7.

f) L. fin. C. de pact. conu. GAIL libr. 2. Obf. 92. n. 10. WALCH D. de difcrimine bonor. vxor. Sect. 2. §. 12.

Wenn aber diese Hypothek statt haben soll, wird erfordert, 1) daß das Paraphernalvermögen noch vorhanden ist, denn sonst geht es der Frau als Eigenthümerin verloren; 2) muß die Frau beweisen, daß sie es dem Manne würklich zur Verwaltung überlassen hat. Ist das nicht geschehen, so hat sie auch kein stillschweigendes Unterpfand an dem Vermögen des Mannes, wenn er sich auch ihres Vermögens wider ihren Willen angemaßt haben sollte g). Die Zeit der Hypothek geht an, von der würklichen Ablieferung der Paraphernalgüther an den Mann, und sie geht auf alle ihre Erben über. Die Frau und ihre Erben sind sogar berechtigt, das Vermögen des Mannes so lange im Besitz zu behalten, bis das Paraphernalvermögen erstattet worden, es müßten denn solche Gläubiger des Mannes auf die Abtretung seines Vermögens dringen, die ein stärkeres Recht haben h). Wenn die Frau dem Manne ihren Antheil an Hochzeitgeschenken, ihren Verdienst, und die vom Manne oder einer dritten Person erhaltenen Geschenke zur Verwaltung überlassen hat, so werden diese Dinge ebenfalls für Paraphernalvermögen gehalten, und die Frau genießt folglich deswegen auch eine stillschweigende Hypothek i). Wegen der Morgengabe, und des versprochenen Brautgeschenkes, kommt

§. 12. MEISTER D. de bon. vxor. ex iur. Rom. princ. non paraph. sed dotal. §. 5. n. 19. STRYCK Vsus mod. tit. de reb. aut. iud. poss. §. 4. ad qu. 7.

g) CONSIL. TVBING. Vol. II. Cons. 102. n. 3. STRYCK D. de iure vxor. in bon. mariti, c. 2. n. 76.

h) L. 29. C. de iure dot. LVDOVICI de iure retent. § 8. MEVIVS Part. VIII. Dec. 160. n. 1. HARPRECHT Resp. 92. n. 252.

i) Perillustr. I. G. BAVER de iure artif. vxor. operis acquisit. §. 14. MÜLLER de bon. const. matr. quaes. c. 7. §. 1. RICHTER de leg. dot. hypoth. §. 30.

kommt aber der Frau keine gesetzliche Hypothek zu [k]). Außer den zeither angeführten gesetzlichen, nicht privilegirten Hypotheken, hat auch der Fiscus eine solche Hypothek an dem vor dem Contract erworbenen Vermögen dessen, der mit dem Fiscus, oder mit demjenigen, dem der Fiscus nachfolgt, einen Contract geschlossen hat, zur Sicherheit der aus dem Contract herrührenden Schuld [l]). Bey dieser Hypothek wird in Ansehung der Personen, mit welchen der Contract geschlossen worden, kein Unterschied gemacht. Hauptsächlich zeigt sich diese Hypothek bey dem Vermögen des fiscalischen Verwalters, nicht nur zur Sicherheit der aus der Verwaltung schuldigen Posten, sondern auch der von Zeit der Berichtigung der Schuld an davon zu bezahlenden Zinsen, obgleich Mevius und Berger behaupten, daß gar keine Zinsen gefordert werden können, welche Meynung aber keinen Grund hat, da jeder andere Zinsen von seinen schuldigen Geldern, die aus einem Mandatscontract herrühren, bezahlen muß [m]). Ist ein fiscalischer Verwalter, der bey der Einforderung fiscalischer Schulden nachläßig gewesen, gezwungen worden, diese Posten aus dem Seinigen zu ersetzen, so kann er das bezahlte von dem Schuldner mit der Pfandschafts-

k) de SENCKENBERG de iure et priuil. dot. illat. c. 1. §. 6. HARPRECHT Scrut. hyp. spur. §. 5. 6. 7.

l) L. 6. D. de iure fisci. L. 2. C. in quib. causs. pign. LAUTERBACH de tacito pign. th. 33. HELLFELD D. de hyp. fisci, praefert. in bon. post contr. quaesit. §. 7. HARPPRECHT Resp. 92. n. 340. Resp. 93. n. 259 et 276. SCHOEPFF Dec. 107. n. 6. Dec. nou. 30. n. 46.

m) HENNE de iure fisci, et hypotheca tacita in bon. admin. rer. fiscal. comp. §. 15. MEVIVS Part. II. Dec. 162. BERGER Elect. disc. for. suppl. 2. n. 5. ad Obs. 7. S. 855.

klage wieder fordern n). Es giebt ferner eine gesetzliche Hypothek, welche das römische Recht der Ehefrau, an dem Vermögen des Mannes, zur Sicherheit ihrer zu fordern habenden Widerlage (donat. propt. nupt.) giebt o). Tritt aber diese Widerlage an die Stelle des Brautschatzes, oder es ist zu deren Sicherheit eine öffentliche Hypothek bestellt worden, so gehört sie im ersten Falle unter die privilegirten Hypotheken, im letzten aber unter die gerichtlichen. Diese Hypothek haftet auf dem ganzen Vermögen des Mannes, fängt von der Zeit an, da die Schenkung vollzogen worden, und kommt auch den Erben der Frau zu statten. Eine solche Hypothek hat aber weder eine Frau, die keine Christin ist, noch auch der Mann, der seine Widerlage zurück fordert. Demjenigen, welchem ein Vermächtniß, ein besonderes Fideicommiß, oder eine Schenkung auf den Todesfall hinterlassen worden, giebt das römische Recht wegen dieser Anforderungen, und der davon schuldigen Zinsen eine gesetzliche Hypothek, an dem vom Erblasser erhaltenen Vermögen dessen, dem die Bezahlung des Vermächtnisses u. s. f. aufgelegt worden p). Wenn diese Hypothek würklich statt haben soll, wird erfordert, 1) daß Jemanden etwas im letzten Willen hinterlassen worden, 2) muß der Erbe oder der etwas abgeben soll, mehr empfangen haben, als er abgeben

n) Henne l. c. §. 15.

o) L. 12. §. 2. C. qui pot. in pign. l. 29. C. de iure dot. Nov. 119. c. 1. Richter de leg. dot. hypoth. §. 30. Lauterbach D. de donat. prop. nupt. th. 55. n. 3. Heineccius D. vxor Rom. propt. nupt. donat. de alim. sec. tant. c. 1. § 30.

p) §. 2. Inst. de leg. l. 1. l. 2. C. Com. de leg. arg. l. 37 pr. D. l. vlt. C. de m. c. d. Vinnius ad §. 2. Inst. de legat. n. 4. Hofacker Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 360.

ben soll, denn auf dem eignen Vermögen liegt die Hypothek nicht q). Doch wird darauf keine Rücksicht genommen, ob etwas zur Zeit der Abtretung der Erbschaft schon bey derselben befindlich gewesen, oder erst in der Folge dazu gekommen ist. 4) Muß das Vermächtniß aus dem Vermögen dessen, dem es der Erblasser zu bezahlen aufgelegt hat, und nicht aus dem Vermögen des Erblassers selbst entrichtet werden sollen; denn in diesem letzten Falle hat der, der das Vermächtniß fordert, so wenig eine Hypothek, daß er vielmehr allen auch gemeinen Gläubigern nachsteht, weil ein solches Vermächtniß nicht eher bezahlt werden darf, als nach Abzug aller Schulden r). Die Sachen selbst, welche als eine Schenkung auf den Todesfall, als ein Vermächtniß, oder besonderes Fideicommiß hinterlassen worden, sind weder dem, dem sie hinterlassen worden, noch einem Dritten verpfändet. Dem ersten deswegen nicht, weil er das Eigenthum derselben sogleich von der Zeit an bekommt, da er das Vermächtniß angenommen hat, und deswegen fordert er sie vermöge des ihm zustehenden Absonderungsrechts s). Auch kein Dritter hat ein Unterpfand daran, weil Niemand eine Hypothek an einer fremden Sache bekommen kann. Wenn der Vermächtnißnehmer von dieser zeither erklärten gesetzlichen Hypothek Gebrauch machen will, muß er beweisen, 1) daß ihm etwas vermacht worden, 2) daß der Beklagte dasselbe auszahlen soll, 3) daß dieser die Erbschaft angenommen

q) L. 4. §. 1. D. de separ. L. f. C. do m. c. d.

r) §. fin. Inst. de lege Falcid. l. 3. pr. §. 1. l. 66. §. 1. D. ad leg. Falc. l. 6. D. de separ. L. 6. pr. C. de lege Falcid.

s) L. 64. D. de furt. l. 80. D. de leg. II. l. 45. D. de reg. iur. l. 1. C. com. de leg.

nommen habe, und 4) noch etwas von dem Vermögen des Erblassers besitze. Diese Hypothek gehört unter die allgemeinen Hypotheken, weil sie auf dem ganzen Vermögen des Erblassers haftet. Sie geht an mit dem Tode des Erblassers, die Sache mag mit oder ohne eine Bedingung, auf einen bestimmten oder unbestimmten Tag hinterlassen worden seyn, wenn nur die Bedingung erfüllt worden, und die Zeit gekommen ist t). Sollte mehrern etwas vermacht worden seyn, so haben sie alle ein gleich starkes Recht u). Ist die Bezahlung eines Vermächtnisses allen Erben zugleich aufgelegt worden, so wird zwar die ganze Erbschaft mit der gesetzlichen Hypothek beschwert, aber sie erstreckt sich jedoch nur auf eines jeden Erbtheil nach dem Verhältniß des Antheils an dem Vermächtnisse, welchen er beytragen muß x). Ich habe gesagt, daß nur besondere Fideicommisse diese gesetzliche Hypothek haben; jedoch in einem Falle kommt es auch einem solchen, dem ein allgemeines Fideicommiß hinterlassen worden, zu statten. Dieses geschieht alsdenn, wenn der Erblasser verordnet hat, daß dasjenige, was der eingesetzte Erbe zur Zeit seines Todes noch von des Erblassers Erbschaft übrig haben werde, auf einen andern kommen solle. In diesem Falle darf er nicht mehr als drey Viertel des Fideicommisses verthun, und den

t) L. 5. § 1. l. 21. D. quando dies leg. Arg. l. 9. §. 2. D. qui pot. in pign. BRVNNEMANN Com. in Cod. ad l. 1. C. com. de leg. n. 11. LAVTERBACH de tac. hyp. th. 54.

u) LAVTERBACH tract. syn. de leg. vel tac. hyp. th. 54.

x) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2. Th. S. 361. Das Gegentheil behauptet BECKER Prol. de act. hyp. legat. comp. non ipso iure diuisa, Gryph. 1768.

den vierten Theil muß der andere erhalten, und zu seiner Sicherheit muß von dem ersten Erben Caution gemacht werden y). Sollte er aber gleichwohl dieses Vierthel verthan, und kein anderes Vermögen haben, woraus der zweyte Erbe sein Vierthel ersetzt bekommen kann; so hat er auf diesen Fall an den zu des Erblassers Verlassenschaft gehörenden Sachen eine stillschweigende Hypothek, kraft deren er die veräußerten Sachen mit der Pfandschaftsklage in soweit zurückfordern kann, als es zur Ergänzung seines Vierthels nöthig ist z). Der Ehemann hat nach dem römischen Rechte an dem Vermögen seiner Frau, oder dessen, der für sie einen Brautschatz versprochen, eine gesetzliche Hypothek so lange, bis er den Brautschatz nebst den Zinsen des Verzugs erhalten hat a). Ferner findet diese Hypothek statt, wenn ein Dritter der Ehefrau einen Brautschatz versprochen, ja sie scheint sogar alsdann statt zu haben, wenn ein Dritter den Brautschatz gegeben, und sich dessen Zurückgabe nach der Ehe vorbehalten hat b). Selbst wegen des Schadens legt man dem Manne eine stillschweigende Hypothek bey, den er dadurch leidet, daß er das Heyrathsguth wieder herausgeben müssen, weil ein Dritter die Eviction durchgesetzt hat; doch muß in diesem Falle der Brautschatz entweder ein versprochener

y) AVTH. contra cum rog. C. ad Sct. Treb. Nov. 108. c. 1 et 2.

z) Gmelins Ordnung der Gläubiger. S. 355.

a) L. vn. §. 1. C. de rei vx. act §. 29. Inst. de act. HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2. Th. S. 356. RICHTER de leg. dot. hyp. §. 7. SCHOEPFF Dec. 107. n. 22. STRYCK de iure mariti in bona vxor. c. 2.

b) L. vn §. 1. C. de rei vxor act. ZOLLER Obs. sing. circ. dot. obl. Gmelins Ordn. der Gläubiger. S. 359.

(dos prom.) seyn, oder die zum Heyrathsguth übergebene Sache, ist ihm um des Verkaufs willen angerechnet, oder weil ihm eine fremde Sache wissentlich zum Brautschatz gegeben worden. Ist hingegen dem Manne weder ein Brautschatz versprochen worden, man hat ihn auch nicht um des Verkaufs willen taxirt, sondern denselben in gutem Glauben abgeliefert, so hat der Mann keine gesetzliche Hypothek [c]). Daß sogar der Mann alsdann einen Brautschatz fordern könne, und deswegen eine stillschweigende Hypothek habe, obgleich der Schuldner damals schon mehr Schulden als Vermögen gehabt, da er den Brautschatz versprochen, behaupten einige Rechtslehrer [d]). Die zeither erklärte stillschweigende Hypothek erstreckt sich über das ganze Vermögen der Ehefrau, welche den Brautschatz versprochen hat. Der Anfang wird gerechnet, wenn der Brautschatz vor der Heyrath versprochen worden, von Zeit der Trauung an; ist er aber unter der Ehe versprochen worden, so geht die Hypothek an, vom Tage des geschehenen Versprechens [e]). Das römische Recht giebt auch alsdann, wenn die Mutter als Witwe, ihrer Kinder Vormünderin gewesen, und sich wieder verheyrathet hat, den Kindern zur Sicherheit ihres Vermögens eine stillschweigende Hypothek, welche sich auch auf das Vermögen des Stiefvaters erstreckt

c) L. VII. C. §. 1. l. 1. C. de iure dot. ibique BRVNNEMANN. LAVTERB. de tac. hyp. th. 12. SCHOEPFD. de aliment. et dote fil. nob. membr. 2. n. 32. RICHTER de leg. dot. iure §. 8.

d) Gmelins Ordn. d. Gläub. S. 358. ZOLLER Exerc. vtr. promissio dot. a patre facta, exist. post. conc. cred. effect. hab.

e) LAVTERB. de tac. hyp. §. 12. n. 4. 5. STRYCK de iur. mar. in bon vx. §. 24.

streckt [f]). Diese Hypothek hat auch sodann statt, wenn eine Mutter ihrer natürlichen Kinder Vormünderin gewesen, und hernach geheyrathet hat [g]). Dieses wird hinlänglich seyn, sich durch das angeführte einen Begriff machen zu können, wie groß die Anzahl der Rechtswahrheiten sey, die man wissen muß, wenn man die ganze Materie von privilegirten und nicht privilegirten Hypotheken genau verstehen will. Zum Beschluß dieses Paragraphens, will ich nur noch einiges von solchen Hypotheken anführen, welche ehedem von vielen Rechtslehrern ebenfalls für stillschweigende Hypotheken gehalten worden, da sie es doch nach Vorschrift des römischen Rechts gar nicht sind [h]). Unter die ungegründeten Hypotheken gehört diejenige, welche den Kirchendienern und andern Gelehrten, desgleichen den Vormündern wegen ihres Salarii [i]); der Kirche an dem Vermögen dessen, der sie zerstört oder beraubt hat; dem Bestohlnen oder Beschädigten an dem Vermögen des Diebes oder Beschädigers; dem Beklagten an dem Vermögen des Klägers; dem Gläubiger an dem Vermögen seines Schuldners, nachdem er den Schuldschein anerkannt; dem Fuhrmann oder Schiffer an der ihm übergebnen Fracht; einem Compagnon an den gemeinschaftlichen Sachen beygelegt wurde [k]).

Eben

f) L. 2. C. quand. mul. tut. off. fung. l. 6. C. in quib. cauff. l. 8. §. 4. C. de fec. nupt.

g) Nov. 22. c. 40. pr.

h) Emelins Ordnung der Gläub. S. 364.

i) HARPPRECHT Trut. XX. pignor. vel ind. spur. vel fumme dub. §. 4 BARDILI de falariis th. 40. MENCKEN de falariis tutor. et curat. §. 26.

k) HARPPR. in D. cit. §. 3. 10. n. 61. §. 16 et 19. IDEM de iure aurig. c. 4. §. 31. LAVTERB. D. de tac. hyp. th. 104. SCHLITTE D. de eo qui poft. temp. prior,

iure

Eben so ungegründet ist die Hypothek, welche ehedem verschiedne Rechtsgelehrte dem Bürgen, wenn er ausgeklagt worden, an dem Vermögen des Hauptschuldners beylegten; ferner demjenigen, der aus Irrthum etwas bezahlt hat, wozu er keine Verbindlichkeit hatte, an dem Vermögen dessen, der die nicht schuldige Sache angenommen; dem Vasallen wegen Verbesserungen des Lehns; demjenigen der den Gewandsfall zu fordern hat, an dem Vermögen dessen, der ihn geben muß [l]). Ungegründet ist es auch, wenn man demjenigen, der mehr Zinsen bezahlen müssen, als die Gesetze erlauben, an dem Vermögen dessen, der sie angenommen hat, eine Hypothek beylegen wollte; oder wenn man wegen der Abgaben, die von einem Grundstück bezahlt werden, auf diesem Grundstücke eine Hypothek zu haben glaubt. Eben so unstatthaft ist es, wenn der Betrogene behauptet, an dem Vermögen dessen, der ihn betrogen hat, eine Hypothek zu haben. Und so ist auch das Vermögen dessen, der den Vergleich nicht gehalten, mit keiner Hypothek beschwert. Auch die Ehefrau hat keine Hypothek an derjenigen Sache, die mit ihrem dem Manne geschenkten Gelde gekauft worden [m]). So viel habe ich für nöthig gehalten, hier von privilegirten und nicht privilegirten Hypotheken anzuführen. Die ganze Lehre ist äußerst subtil, wenn man bis auf die kleinsten Umstände zurückgeht. Ich hätte

iure c. 3. §. 10. de BOEHMER Medit. ad const. crim. Art. 157. §. 8. LAUTERB. de iure in curia mercat. vsitato, §. 161. SCHOEPFF de concurs. cred. partic. §. 10.

l) Gmelins Ordnung der Gläubiger. S. 366.

m) HAPRECHT Scrutin. XVIII. hyp. vel ind. spur. vel summe dubior. §. 10. 11. 17. 18. et in RESP. 93 n. 175. GEISLER D. de hypoth. tac. dom. ex causa canon. emphyt. §. 12. HERT de pign. conu. tac. §. 20.

hätte freylich noch weit mehr darüber sagen können, da aber dieses bey andern Materien schicklicher geschehen kann, so soll es dort geschehen. Ein großer Theil der mit dieser Materie verbundenen Grundsätze gehört eigentlich in den Concursproceß, wo die Classen der Gläubiger bestimmt angegeben werden müssen.

§. 7.

Von den Klagen die wegen einer Hypothek angestellt werden können.

In diesem Paragraphen sollen folgende Fragen beantwortet werden: 1) wenn hören die Rechte und Verbindlichkeiten wieder auf, die mit einer Hypothek verbunden sind? 2) was für Klagen haben die bürgerlichen Gesetze in Rücksicht auf eine Hypothek eingeführt? Die mit einer Hypothek verbundenen Rechte und Verbindlichkeiten können um sehr vieler Ursachen willen wieder aufhören [n]). Da die Hypotheken zur Sicherheit einer gegründeten Anforderung dienen sollen, so folgt ganz natürlich, daß die damit verbundenen Rechte und Pflichten wieder aufhören, sobald die Anforderung nicht mehr vorhanden sondern getilgt ist. Es kann aber die Anforderung des Gläubigers auf verschiedne Weise aufgehoben werden. Hierher gehört hauptsächlich die Bezahlung, oder die Leistung dessen, was der Gläubiger zu fordern hat [o]). Wenn aber die Bezahlung der Schuld die Hypothek aufheben soll, so muß der Schuldner die ganze Schuld, ohne den geringsten Rückstand abtra-

n) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 394. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. III. S. 594. Westphal vom Pfandrechte S. 322. Höpfners Commentar über die Institutionen S. 595. der neusten Ausg. von 1790.

o) L. 6 pr. D. quib. mod. pign. Item liberatur pignus, siue solutum est debitum, siue eo nomine satisfactum est. Sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus, vel si qua ratione obligatio eius finita est.

tragen, ja sogar auch alle Nebenverbindlichkeiten erfüllen. Durch Bezahlung eines Theils der Schuld befreyet weder der Schuldner seine Sache von der darauf liegenden Hypothek, und der Gläubiger ist der Regel nach auch gar nicht verbunden, eine in mehrere Termine abgetheilte Bezahlung sich gefallen zu lassen. Was anders ist es freylich, wenn die Schuld nicht auf einmal entstanden ist, und der Schuldner auch nicht versprochen hat, sie in einer Summe zu bezahlen. Hier muß sich der Gläubiger die Bezahlung in verschiedenen Posten gefallen lassen, indessen dauert doch die Hypothek so lange, bis alles bezahlt ist p). Die Bezahlung der Schuld muß in der versprochenen Münzsorte, und dergestalt geschehen, daß der Gläubiger nicht etwa genöthigt wird, das erhaltene Geld wieder herauszugeben. Nach dem römischen Rechte war verordnet, wenn Jemand seinen Gläubiger in verrufenen Münzsorten bezahlt hatte, daß er zur Strafe die ganze Summe nicht einmal wieder erhalten sollte, sondern das verrufene Geld sollte vernichtet werden. Was heutzutage in Ansehung der verschiednen Münzsorten zu bemerken ist, gehört eigentlich zu der Lehre vom Darlehn, wo es vorkommen wird. Hier führe ich nur folgendes an, damit man aufmerksam auf die Wichtigkeit der Sache gemacht werden möge. Es ist bekannt, daß der wahre Werth der Münze nach dem sogenannten Münzfuße bestimmt wird. Nun haben wir in Teutschland von Zeit zu Zeit einen andern Münzfuß erhalten, wovon noch jetzt die Verschiedenheit des Geldes in den teutschen

p) L. 6. C. de distr. pign. — Quamdiu non est integra pecunia creditori numerata: etiamsi pro parte majori eam consecutus sit, distrahendi rem obligatam non amittit facultatem.

schen Provinzen rührt. Im Jahr 1559 nahm der Cöllnische Münzfuß seinen Anfang, nach welchem die Mark fein Silber auf 9 Thlr. ausgeprägt wurde. Diesem folgte 1667 der Zinnische, nach welchem man die Mark auf 10 Thlr. 12 Gr. münzte. Hierauf folgte 1690 der sogenannte Leipzigerfuß, der zuerst vertragsweise von den Chur- und Fürstlichen Häusern Sachsen, Brandenburg und Braunschweig-Lüneburg errichtet, hierauf aber im Jahr 1738 durch einen Reichsschluß, zum allgemeinen Reichsmünzfuß angenommen wurde q). Nach Verordnung desselben soll vom Silber die feine Mark in $\frac{2}{3}$ und $\frac{1}{3}$ Stücken zu 12 Rthlr. oder 18 Gulden ausgemünzt werden, so daß ein Thaler am innerlichen Werthe 2 Gulden betragen, und deren 8 Stück auf die rauhe Cöllnische Mark gehen, und fein 14 Loth 4 Grane halten sollen. Ueberdieses sollte nach dem mit dem Leipziger in Verbindung stehenden Torgauer Fuß die feine Mark Silber in 2 guten Groschenstücken zu $12\frac{3}{8}$ Rthlr.; in guten Groschen und Mariengroschen zu $12\frac{1}{2}$ Rthlr.; in 6 Pfennigstücken zu 13 Rthlr. ausgemünzt werden. Es ist aber dieser Torgauer Fuß in dem Reichsschluß von 1738 noch nicht genehmigt worden. Was die Goldmünzen anbetrift, so sollen nach diesem nur gedachtem Reichsschluß, die Ducaten das Stück zu 4 Fl., 67 Stück auf die Cöllnische Mark gehen, und 23 Carat 8 Grane fein halten; sodann Goldgulden zu 3 Fl., 72 Stück auf die Mark, 18 Carat 40 Grane fein Gold, 3 Carat 8 Grane fein Silber, und 1 Carat 6 Grane Kupfer. Auswärtige Münzen sollen in keinem höhern Werthe, als nach dem Reichssatzungsmäßigen Schrot

q) Corpvs Iur. publ. S. 1467. Wahlcapitul. Art. 9. §. 4.

Schrot und Korn, im Reiche geduldet werden [r]). Weil das im Reichsschluß von 1738 zum Grunde gelegte Verhältniß zwischen Gold und Silber, wie 1 zu $15\frac{1}{37}$, in Rücksicht auf den auswärtigen Werth dieser beyden Metalle, zum großen Nachtheil des teutschen Reichs fehlerhaft befunden worden, so hat eine 1748 zuerst einseitig von Braunschweig-Wolfenbüttel [s]) angefangene Abweichung vom Leipziger Fuß, in kurzem so viele Nachfolger gefunden, daß darüber das Münzwesen in ganz Teutschland in Unordnung gerathen. In dem traurigen Kriege seit 1756 kam es endlich so weit, daß die auf 5 Rthlr. ausgemünzten Goldsorten, gegen das immer schlechter geprägte Silbergeld bis auf 12 Rthlr. und darüber stiegen. Nach dem hergestellten Frieden, wurde zwar von vielen Reichsständen einzeln der sogenannte Oesterreichische Conventionsfuß angenommen, andere Reichsstände halten es aber wieder anders. Die merkwürdigsten Veränderungen des teutschen Münzfußes sind also folgende [t]): Der alte Reichsfuß wurde abgeschaft 1) durch den Zinnischen Fuß, im Kloster Zinna errichtet, vom Jahr 1667, wornach Sachsen und Brandenburg die Verhältniß 1 zu $13\frac{1}{3}$ beobachten, und die feine Mark Silber zu $10\frac{1}{2}$ Thlr. oder zu 15 Fl. 45 Kr. ausmünzen wollten. Hierauf kam der Leipziger

r) Münzordnung vom J. 1559. §. 149. Wahlcapitul. Art. 9. §. 5.

s) Abdruck eines Schreibens der Verf. war L. J. P. Graumann) die teutsche und andrer Völker Münzverfassung, und insonderheit die Hochf. Braunschw. Münze betr. 1749. Gründliche Prüfung des Schreibens die teutsche u. s. f. 1750. Vernünftige Vertheid. des Schreibens u. s. f. Berlin 1752. Untersuchung der Frage: ob das Silbergeld zu erhöhen sey u. s. f. Han. 1752.

t) Rößigs Finanzwissenschaft S. 237.

Leipziger Fuß im Jahre 1690, oder der 18 Fl. Fuß, wornach Sachsen, Brandenburg und Hannover die Verhältniß 1 zu $15\frac{1}{10}$ annahmen, und die feine Mark Silber in Zwey Dritteln und Ein Dritteln zu 12 Rthlr. oder 18 Fl. ausprägen wollten. Zu Torgau verglich man sich in eben dem Jahre über die Ausmünzung der Scheidemünzen. Dieser Leipziger Fuß ward im Jahre 1738 zum Reichsfuß angenommen. Drittens folgte der Preußische oder Graumannische Fuß, wornach Preußen im Jahre 1750 die Verhältniß 1 zu $13\frac{4}{5}$, andere sagen, $13\frac{1}{1}\frac{1}{8}$, andere, $13\frac{7}{1}\frac{9}{0}\frac{}{0}$, annahm, und die feine Mark Silber zu 14 Thlr. ausmünzt. Viertens kam der Conventionsfuß oder der 20 Fl. Fuß vom Jahr 1753. 1754, wornach die Verhältniß 1 zu $14\frac{1}{7}\frac{1}{1}$ festgesetzt, und die feine Mark Gold zu 283 Fl. 5 Kr. $3\frac{4}{7}\frac{4}{7}$, und die feine Mark Silber zu 20 Fl. ausgeprägt werden. In Braunschweig [u]) ist die Verhältniß $14\frac{1}{2}$. Fünftens führte Bayern den 24 Fl. Fuß ein, im Jahr 1766, indem man die Mark fein Silber zu 24 Fl. ausmünzte, und den Ducaten auf 5 Fl. setzte. Nur Hannover hat den Leipziger Fuß beybehalten. Oesterreich, Sachsen und Braunschweig-Wolfenbüttel nebst einigen andern haben den Conventionsfuß angenommen, der Schwäbische Kreis und die meisten Stände des Fränkischen Kreises aber richten sich nach dem 24 Fl. Fuß. Das Agio des alten Reichsfußes gegen den Conventionsfuß beträgt 48 Thlr. 3 Gr. $6\frac{1}{2}$ Pf. Das Zinnaische gegen den Conventionsfuß 26 Thlr. 23 Gr. $7\frac{3}{4}$ Pf., und das Leipziger gegen den Conventionsfuß in grober Sorte 11 Rthlr. 2 Gl. Kommen nun Capitale, die bezahlt werden sollen, in den verschiednen Münz-

u) von Praun Zugabe zu der gründlichen Nachricht vom Münzwesen 1768. S. 30.

Münzabänderungen vor, so wird die Sache auf verpflichteter Sensale Gutachten, nach der besondern Beschaffenheit der würklich verschriebnen Sorten, und nach Beschaffenheit der in manchen Jahren eingetretenen Münzverwirrungen bestimmt x). Ich habe oben S. 157 gesagt, daß eine Hypothek aufhöre, sobald die Schuld in den gehörigen Münzsorten völlig bezahlt worden. Aber die Bezahlung muß auch auf die Art geschehen, daß der Gläubiger in der Folge nicht etwa genöthigt wird, das erhaltene Geld wieder herauszugeben. Eine Befriedigung, die man nicht behalten kann, ist so gut wie gar keine. Fordert also ein anderer Gläubiger des Schuldners, der ein stärkeres Recht hatte, das bezahlte Geld wieder ab, so wacht die Hypothek wieder auf. Das Unterpfandsrecht hört nicht eher auf, als bis die Bezahlung völlig geschehen ist. Daraus folgt, daß das bloße Versprechen, bezahlen zu wollen, wenn es unerfüllt geblieben, die auf die Bezahlung gerichtete Klage, oder die hierauf geschehene rechtskräftige Verurtheilung, nicht die Kraft haben könne, die Hypothek aufzuheben y). Da das Unterpfandsrecht

x) Das beste Buch hierüber ist vom Herrn Hofrath Schmidt in Jena, welches unter dem Titel herausgekommen: Ausführliche Abhandlung der streitigen Rechtsfrage, in was für Münzsorten ist eine Geldschuld abzutragen? Jena 1763. neust Ausg 1782.

y) L. 13. §. 4 D. de pign. act. — Etiamsi creditor iudicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata. Quia suas conditiones habet hypothecaria actio: id est si soluta est pecunia, aut satisfactum est: quibus cessantibus tenet. Et si cum defensore in personam egero: licet is mihi satis dederit et damnatus sit: aeque hypotheca manet obligata. Multo magis ergo, si in personam actum sit, siue cum reo, siue cum fideiussore, siue cum vtrisque pro parte: licet damnati sint, hypotheca manet obligata.

recht nicht eher völlig aufhört, als bis die ganze Schuld bezahlt ist, so wird, wenn der Schuldner mehrere Erben hinterlassen haben sollte, und einer davon bezahlt den auf ihn kommenden Antheil der Schuld, dadurch sein Antheil immer noch nicht von der Hypothek befreyt, und das Unterpfand kann bey nicht erfolgter Bezahlung der übrigen doch noch verkauft werden. Die Ursache liegt darin, weil das Unterpfandsrecht für untheilbar gehalten wird (Handb. 4 Th. S. 107). Eben dieses ist auch Rechtens, wenn der Gläubiger mehrere Erben hinterlassen, und dem einen davon wird der auf ihn gefallene Theil der Schuld bezahlt. Deswegen bleibt die Hypothek immer noch auf der ganzen Sache z). Unter der Bezahlung ist nicht blos die Berichtigung der Schuld durch baares Geld zu verstehen, sondern der Ausdruck bezahlen (soluere) heißt in Gesetzen, jede rechtmäßige Aufhebung einer zeither vorhanden gewesenen Verbindlichkeit. Wenn die Ursache der Hypothek aufhört, so dauert auch die Hypothek nicht weiter fort. Der Schuldner kann die Hypothek tilgen, durch Gegenabrechnung, durch gerichtliche Niederlegung der ganzen Schuld, wenn er dem Gläubiger das Unterpfand, oder etwas anders

obligata. Nec per hoc videtur satisfactum creditori, quod habet iudicati actionem.

z) L. 11. § 4. D. de pign. act. — Si *creditori* plures heredes exstiterint, et vni ex his pars eius soluatur: non debent caeteri heredes creditoris iniuria adfici: sed possunt *totum* fundum vendere, oblato debitori eo, quod coheredi eorum soluit. Quae sententia non est sine ratione. L. 8. §. 2. D. de pign. act. — Si *vnus ex heredibus* portionem suam soluerit, tamen tota res pignori data venire poterit: quemadmodum si ipse debitor portionem soluisset. Westphal vom Pfandrechte. S. 81.

anstatt der Bezahlung eigenthümlich überläßt, ferner durch eine sogenannte Novation, oder Delegation. Der Gläubiger muß sich aber diese letztern Arten der Befriedigung gefallen lassen, denn wider seinen Willen kann er nicht gezwungen werden, etwas anders statt der Bezahlung anzunehmen [a]). Nur bey der Bezahlung, der Gegenabrechnung und gerichtlichen Niederlegung der Schuld, kommt es nicht darauf an, ob der Gläubiger seine Hypothek aufgeben will, oder nicht, sondern durch diese Arten der Befriedigung verliehrt er sein zeither gehabtes Recht wider Willen. Auch ist es einerley, ob der Gläubiger von dem Schuldner selbst, oder von einem andern sein Geld bekömmt. Eine andere Art, wie eine Hypothek aufhören kann, besteht darin, wenn der Gläubiger dem Schuldner die ganze Schuld schenkt. Sobald dieses geschehen ist, sobald hört auch die Hypothek auf. Da aber keine Schenkung vermuthet wird, so muß es ganz gewiß seyn, daß der Gläubiger die ganze Schuld würklich geschenkt habe. Um diesen Fall genau zu bestimmen, müssen mehrere Fälle genau von einander unterschieden werden. Der Gläubiger kann nämlich entweder die Schuld selbst schenken, oder blos die Hypothek erlassen, ohne übrigens seine Anforderung fahren zu lassen. In beyden Fällen hört jedoch die zeither vorhanden gewesene Hypothek auf [b]).

Das

a) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 394. L. 10. D. de pign. act. — Quod si non soluere, sed alia ratione satisfacere paratus est, forte si expromissorem dare vult: nihil ei prodest.

b) L. 1. §. 1. D. quib. mod. pign. — Cum venditor numerata sibi parte pretii, praedium, quod venierat pignori accepisset: ac postea residuum pretium emtori, litteris ad eum missis, donasset: eoque defuncto donationem quibusdam modis inutilem esse constabat: iure

pignoris

Das zum Beweis dieser Meynung angeführte Gesetz handelt wahrscheinlich von einem Verkäufer, der ein grobes Verbrechen begangen hatte, wodurch er sein Vermögen verlohr, folglich auch nichts verschenken konnte. Gleichwohl sagt das Gesetz, daß die Hypothek dadurch aufgehoben worden, weil es einmal Rechtens sey, daß wenn gleich die Schenkung der Schuld nicht gelten könne, dennoch die dadurch einmal geschehene Aufhebung der Hypothek bey Kräften bleiben soll. So bestehen Schenkungen der Ehegatten während der Ehe nicht, aber gleichwohl bleibt die damit in Verbindung stehende Aufhebung der Hypothek bey Kräften c). Die Hypothek hört ferner auf, wenn der Gläubiger sein zeither gehabtes Recht entweder ausdrücklich, oder stillschweigend erläßt. Stillschweigend erläßt der Gläubiger die Hypothek, wenn er die Unterpfandsverschreibung in der Absicht zurück gegeben hat, daß die Hypothek aufhören soll d). Damit ist aber nicht zugleich auch die Schuld geschenkt worden. Diese bleibt deswegen immer noch gültig. Der Gläubiger will jetzt dem Schuldner blos auf sein Wort trauen. Nimmt der Gläubiger ohne Vorbehalt seines bisherigen hypothekarischen Rechts von

pignoris fiscum frustra petere praedium, qui successerat in locum venditoris apparuit: cuius pignoris solutum esse pactum, prima voluntate donationis constabat; quoniam inutilem pecuniae donationem lex facit; cui non est locus in pignore liberando.

c) L. 11. C. ad Sctm. Vellei. — Etiam constante matrimonio ius hypothecarum, siue pignorum marito remitti posse, explorati iuris est.

d) L. 7. C. de remiss. pign. — Creditricem patrui tui sub obligatione fundi, qui per chirographum nexus pignori fuerat, iubentem eamdem cautionem reddi, pignoris etiam ius remississe videri manifestum est.

dem Schuldner einen Bürgen an, so wird dieses ebenfalls für eine stillschweigende Erlassung der Hypothek gehalten e). Die Erlassung der Hypothek kann so wie die Bestellung einer Hypothek theils in eigner Person, theils durch einen Bevollmächtigten geschehen; und so geht es auch an, entweder das ganze Recht zu erlassen, oder nur bis auf eine bestimmte Summe. Daß die Begebung der Hypothek, wenn ein Unmündiger dabey interessirt ist, nicht anders geschehen könne, als mit Bewilligung der Obrigkeit, als des Obervormundes, braucht nicht erst bewiesen zu werden. Unter die stillschweigende Aufhebung einer Hypothek gehört hauptsächlich auch der geschehene Verkauf der zum Unterpfande verschriebenen Sache f). Es müssen aber hier verschiedne Fälle genau von einander unterschieden werden. Wenn der Pfandgläubiger erklärt, er wolle es verstatten, daß die Hypothek verkauft werde, ohne sich seine Hypothek vorzubehalten, so geht sein Recht, welches ihm die Hypothek zeither zu Wege gebracht hat, völlig verlohren, und der Käufer bekömmt die Sache frey. Der Verkauf muß aber gesetzmäßig geschlossen werden, und würklich zu Stande kommen g). Eine nach bereits geschehenem Verkauf der

e) L. 14. D. quib. mod. pign. — Cum colono tibi conuenit: vt inuecta, importata pignori essent: donec merces tibi soluta, aut satisfactum esset: deinde mercedis nomine *fideiussorem* a colono accepisti. Satisfactum tibi videri existimo: et ideo illata pignori esse desiisse.

f) THOMASIVS D. de remiss. pign. per remiss. debiti et consens. in alien. rei. WIELING Lect. Iur. ciu. I. 14. Der Herr Dohmherr Püttmann in den Aduersar. iur. c. 7.

g) L. 4 §. 1. D. quib. mod. pign. — Si in venditione pignoris consenserit *creditor*, vel, vt debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det: *dicendum erit*,

der Hypothek ertheilte Einwilligung in den Kauf, ohne Vorbehalt seines habenden Unterpfandes, hat eben die Würkung. Wird aber aus dem Kaufe nichts, oder die Partheyen heben ihn selbst wieder auf, so bleibt die Hypothek bey Kräften. Der Kauf kann ungültig werden, weil der Schuldner durch List dazu beredet worden, oder weil er wegen Unbilligkeit wieder aufgehoben worden, entweder durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, oder durch die Klage, welche wegen einer Verletzung über die Hälfte angestellt werden kann, oder weil die ganze Handlung nichtig ist. Die Hypothek bleibt allemal, wenn der Schuldner die verpfändete Sache behält, oder so zurück bekömmt, als wenn er sie nie veräußert hätte [h]). Sollte der Schuldner bey dem Verkauf der Hypothek boshaft gehandelt, und den Gläubiger hintergangen haben, so muß hierbey ein Unterschied gemacht werden. Besteht die unerlaubte Handlung blos darin, daß der Schuldner dem Gläubiger die versprochene Bezahlung von dem Kaufgelde nicht geleistet hat, so schadet dieses der einmal durch den würklich vollzogenen Kauf aufgehobenen Hypothek nichts. Der Gläubiger hätte sich sollen auf diesen

erit, pignus liberari: nisi salua caussa pignoris sui consensit vel venditioni vel caeteris: nam solent multi salua causa pignoris sui consentire. Sed et si ipse vendiderit creditor: sic tamen venditionem fecit, ne discederet a pignore, nisi ei satisfiat: dicendum erit, exceptionem ei non nocere. Sed et, si non concesserat, pignus venumdari, sed *ratam* habuit venditionem: idem erit probandum.

h) L. 4. §. 2. D. quib. mod. pign. — Belle quaeritur, si forte venditio rei specialiter obligatae non valeat, an nocere haec res creditori debeat, quod consensit vt puta si qua ratio iuris venditionem impediat? Dicendum est pignus valere.

Fall die Hypothek ausdrücklich vorbehalten, oder nicht anders, als unter der Bedingung, daß er vom Kaufgelde seine Befriedigung erhalte, in den Verkauf willigen. Hat er das nicht gethan, so muß er sich den Verlust der Hypothek gefallen lassen. Wenn aber die unerlaubte That des Schuldners sich dadurch zeigt, daß er dem Gläubiger eine andere Hypothek statt der ersten überlassen, diese konnte er aber gar nicht ertheilen, so hat er den Gläubiger betrügerisch zur Einwilligung in den Verkauf verleitet, und deswegen ist dieselbe völlig ungültig; daher denn auch die erste Hypothek ihre Kraft behält i). Für eine stillschweigende Einwilligung in den Verkauf einer Hypothek, darf der Umstand nicht gehalten werden; weil der Gläubiger es gewußt, daß der Schuldner seine Hypothek verkauft, und er widersprach nicht. Dadurch bewilligte er nicht zugleich den Verkauf k), weil wir die Regel haben, die bloße Wissenschaft schadet einem der Regel nach nicht. Diese Regel gründet sich auf den Grundsatz, daß das bloße Stillschweigen keine solche Handlung sey, daraus man etwas ganz zuverläßig schliessen könne. Denn die Gesetze enthalten zwar viele Fälle, wo der Schweigende sich durch sein Stillschweigen schadet, sie enthalten aber auch eben sowohl viele Fälle, wo das Stillschweigen unschädlich ist l). Daher muß das letzte ordentlicher Weise als die Regel

i) L. 8. §. 9 et 10. D. quib. mod. pign.

k) L. 8. §. 15. D. quib. mod. pign. solu. — Non videtur autem consensisse creditor, si, sciente eo, debitor rem vendiderit: cum ideo passus est, venire, quod sciebat, vbique pignus sibi durare Sed si subscripserit forte in tabulis emtionis, consensisse videtur: nisi manifeste appareat, deceptum esse. Quod obseruari oportet, et si sine scriptis consenserit.

l) Quistorps Beytrage II. 6.

gel angenommen werden, und das erste kann nicht eher gelten, als bis die Gesetze es ausdrücklich festgesetzt haben. Es hat aber der Satz: daß die bloße Wissenschaft der vom Schuldner vorhabenden Veräußerung der Hypothek, dem Gläubiger nicht schadet, verschiedne Ausnahmen. Wenn bey den Römern der Schuldner, einem verpfändeten Knechte die Freyheit geschenkt hatte, so mußte sich der Gläubiger dieses gefallen lassen. Hier lag die Ursache in der großen Begünstigung, welche die einmal erhaltene Freyheit genoß. Wenn eine Sache öffentlich zum Verkauf ausgeboten wird, und damit zugleich alle diejenigen, die einen Anspruch an der Sache haben, präclusivisch vorgeladen werden, so geht damit zugleich die Hypothek desjenigen verlohren, der sich nicht gemeldet hat m). Die Obrigkeit ist berechtigt, diejenigen, welche Ansprüche an Grundstücken machen können, zur Sicherheit des Käufers vorzuladen, und jeder ist schuldig, sich zu melden. Denn Abwesenden wird nur alsdenn, wenn sie eine ganz gegründete Ursache ihres Außenbleibens anführen können, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt. Wenn Sachen wegen fiscalischer Anforderungen öffentlich verkauft werden, worauf Hypotheken liegen, so gehn solche verlohren, wenn auch die Gläubiger nicht öffentlich vorgeladen worden. Dieses ist ein sehr großes Vorrecht des Fiscus, und deswegen eingeführt worden, damit die Sachen, welche der Fiscus verkauft, desto vortheilhafter verkauft wer-

m) L. 1. C. de rem. pign. L. 6. C. de rem. pign. — Si eo tempore, quo praedium distrahebatur, progammate admoniti creditores, cum *praesentes* essent, ius suum executi non sunt: possiunt videri obligationem pignoris amisisse.

den mögen n). Schweigt Jemand zur Veräußerung einer Hypothek in der Absicht stille, damit der spätere Gläubiger seines Schuldners betrogen werden möge, so verliehrt er zur Strafe seine hypothekarische Sicherheit o). Unterschreibt Jemand, der an einer Sache eine Hypothek hat, den über den Verkauf derselben geschlossenen Kaufbrief, so wird diese Handlung alsdenn für eine Einwilligung in die Aufhebung der Hypothek gehalten, wenn es in dem Aufsatze ausdrücklich steht, die verkaufte Sache sey Niemanden verpfändet. Doch alsdenn, wenn Jemand durch Betrug zur Unterschrift bewogen worden, verliehrt er seine gehabte Hypothek nicht. Z. B. der Gläubiger wird versichert, es sey seine Hypothek in dem Kaufbriefe vorbehalten, und er brauche nur als Zeuge zu unterschreiben. Findet sichs nun in der Folge, daß der Inhalt ganz anders ist, und der Gläubiger hat den Kaufbrief nicht gelesen, sondern sich auf die Ehrlichkeit des Verkäufers verlassen, so wird dieses für keine stillschweigende Begebung der Hypothek gehalten p). Außer den zeither angeführten Arten geht

n) L. 8. C. de rem. pign. — Si, hypothecas fisco distrahente, creditores silentio tradiderunt negotium; palam est, etiam actionem suam amisisse eos, quam in rem habebant. Nam et fiscalis hastae fides facile conuelli non debet.

o) Hofacker Princ. Iur. ciu. 2. Th. S. 396.

p) L. 9. §. 1. D. quib. mod. pign. — Titius Seio pecuniam sub pignore fundi dederat, qui fundus cum esset reipublicae ante obligatus, secundus creditor pecuniam eam reipublicae soluit. Sed Maeuius exstitit, qui dicebat, ante rempublicam sibi fundum obligatum fuisse. Inueniebatur autem instrumento cautionis cum republica facto a Seio, interfuisse et subscripsisse: quo cauerat Seius, *fundum nulli alii esse obligatum.* Quaero, an actio aliqua in rem Maeuio competere potest? Modestinus respondit:

geht die Hypothek noch in sehr vielen andern Fällen verlohren. Dieses geschieht nämlich auch alsdenn, wenn die Bedingung nicht erfüllt worden, unter welcher Jemand eine Hypothek bestellt hat; oder wenn das Recht, so der Schuldner an der Sache hatte, aufhört q). Ein solcher Fall ereignet sich bey einer ausbedungnen Wiederaufrufung des geschlossenen Kaufcontracts, wenn sich eine vortheilhaftere Gelegenheit zum Verkauf finden sollte. Aber bey einem Reukaufe, der blos auf den Schuldner ankömmt, hört die Hypothek nicht zugleich wieder auf r). Ueberhaupt kann die Hypothek nicht beständig dauern, wenn Jemand kein beständiges, immerwährendes und unwiederrufliches Recht und Eigenthum an der zum Unterpfande verschriebenen Sache hat, sondern wenn des Schuldners Recht aufhört, und die verpfändete Sache kommt auf solche Eigenthümer, die dem Schuldner ihre Rechte nicht zu verdanken haben, so hört die Hypothek auf. Dieser Fall tritt ein, wenn die Verpfändung von einem Erbzinsmanne geschehen, und das Erbzinsguth fällt, durch die Vereinigung des Obereigenthums mit dem nützlichen Eigenthum, oder wegen geschehener Einziehung, an den Erbzinsherrn zurück. Eben so hört die Hypothek

spondit: pignus, cui is, de quo quaeritur, consensit, minime eum retinere posse.

q) L. 11. §. 2. D. de pign. act. L. 13. §. 2. L. 31. D. de pign. et hyp.

r) L. 3. D. quib. mod. pign. l. hyp. — Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem inueniisset: fueritque tradita: et forte emtor antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset: Marcellus libro quinto digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata. Quamquam vbi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset: pignus finiri non putet.

thek auf, wenn der jetzige Eigenthümer sein Eigenthum deswegen verliehrt, weil die Gültigkeit des Kaufs nicht von seinem Willen abhängt. Ist die zur Hypothek verschriebene Sache einer Stammvererbung unterworfen, und sie fällt nun würklich an solche Stammsverwandten zurück, die nicht in die Verpfändung eingewilligt hatten, so hört die Hypothek auf. Hängt es aber ganz allein von dem ab, der die Hypothek ertheilt hat, ob er das Eigenthum an der verpfändeten Sache behalten will oder nicht, so darf er sein Eigenthum nicht zum Nachtheil des Gläubigers fahren lassen. Dieser Fall tritt ein, bey der Zurückgabe einer fehlerhaften Sache s), bey der Verletzung über die Hälfte, dem Wiederkauf, Abtrieb, der Wiederrufung einer Schenkung wegen grober Undankbarkeit des Beschenkten, oder wenn der Schuldner sonst berechtigt ist, die verpfändete Sache blos nach seinem Willen zurück zu fordern. Geht die zur Hypothek verschriebene Sache völlig zu Grunde, so hört das Unterpfandsrecht so lange auf, bis sie wieder hergestellt ist. Bey Beantwortung der Frage, ob durch die Veränderung einer zur Hypothek verschriebnen Sache in eine andere, die Hypothek verlohren gehe, oder nicht, kommt es darauf an, ob die verpfändete Sache ihre vorige Gestalt wieder erhalten kann, oder ob dieses nicht geschehen kann. Im letzten Falle hört die Hypothek auf t), im

s) L. 4. D. quib. mod pign. — Si debitor cuius res pignori obligatae erant, seruum, quem emerat, redhibuerit; an desinat Seruianae locus esse? Et magis est, ne desinat: nisi ex voluntate creditoris hoc factum est.

t) L. 18. §. 3. D. de pign. act. — Si quis cauerit, vt sylua sibi pignori esset; nauem ex ea materia factam, non esse pignoris, Cassius ait: quia aliud fit materia, aliud

im erstern aber nicht u). Der berühmte Anton Faber behauptet, man dürfe keinen Unterschied machen, ob der veränderten Sache ihre vorige Gestalt wieder gegeben werden könne, oder nicht; sondern die Hypothek höre in beyden Fällen wieder auf, wenn eine Hauptveränderung vorgegangen. Die Veränderung eines Stück Erdreichs, dessen Oberfläche blos verändert worden, sey keine gänzliche Veränderung. Freylich fehlt es an ausdrücklichen Gesetzen, die beym Pfandrechte einen solchen Unterschied machen, wie er beym Eigenthum eingeführt ist (Handb. 4 Th. S. 225), aber man kann die dort geltenden Grundsätze sehr gut hier anwenden x). Wird über die Schuld oder über die geschehene Verpfändung ein Eyd zugeschoben, und derselbe ist zu deren Ableugnung abgeschworen worden, so geht die Hypothek dadurch zugleich mit verlohren. Eben dieses ist auch Rechtens, wenn das Pfandrecht Jemanden durch Urthel und Recht abgesprochen worden y). Die mit einer Hypothek verbundenen Rechte und Pflichten sind, so wie alle andere Rechte der Verjährung ebenfalls unterworfen, und folglich hört eine Hypothek bis-

aliud nauis. Et ideo nominatim in dando pignore adiiciendum esse ait, quaeque ex silua facta nataue erit.

u) L. 16. §. 2. D. de pign. — Si res hypothecae data, postea mutata fuerit: aeque hypothecaria actio competit, veluti de domo data hypothecae et horto facta. Item si de loco conuenit et domus facta sit. Item de loco dato deinde vineis in eo positis.

x) FABER Rat. ad Pand. ad L. 18. §. 3. D. de pign. act. Westphal vom Pfandrechte S. 367.

y) L. 13. D. quib. mod. pign. — Si deferente creditore iurauit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur: quia perinde habetur, atque si iudicio absolutus esset. Nam et si a iudice, quamuis per iniuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur.

bisweilen auch deswegen wieder auf, weil sie verjährt ist. Diese Materie ist aber nicht sogar leicht, und daher muß man die verschiednen Fälle, welche hier vorkommen, genau unterscheiden. Es muß nämlich beständig darauf Rücksicht genommen werden, ob die Frage ist von der Verjährung des Eigenthums an der zur Hypothek verschriebenen Sache, oder von der Verjährung der Sicherheit, welche die Hypothek giebt. Erwirbt eine dritte Person das Eigenthum der Sache, welche mir zur Hypothek verschrieben worden, so folgt daraus nicht, daß ich dadurch zugleich meine hypothekarische Sicherheit verlohren habe; sondern hier bleibt mein Recht fast auf die nämliche Art bey Kräften, wie es geschieht, wenn der Eigenthümer der mir verpfändeten Sache, dieselbe verkauft, oder sonst veräußert hat. Er verliehrt zwar durch die Veräußerung sein zeither gehabtes Eigenthumsrecht, aber ich behalte meine Hypothek immer noch, weil die Sache mit der Hypothek auf den neuen Besitzer übergegangen ist [z]). Freylich ist der Fall auch möglich, daß bisweilen, in eben der Zeit, da das Eigenthum der verpfändeten Sache verjährt wird, auch die hypothekarische Sicherheit wegen eintretender Verjährung verlohren gehen kann. Deswegen bleiben aber immer, die Verjährung des Eigenthums einer verpfandeten Sache, und der Verlust der mit der Hypothek verbundenen Rechte, durch die Verjährung, sehr verschiedne Dinge, welche nach zweyerley Rechtssätzen beurtheilt werden müssen. Wenn die Verjährung des

z) L. 44. §. 5. D. de vsurp. et vsuc. — Non mutat vsucapio superueniens pro emtore vel pro herede, quo minus pignoris persecutio salua sit. Vt enim vsusfructus vsucapi potest: ita persecutio pignoris, quae nulla societate dominii coniungitur, sed sola conuentione constituitur, vsucapione rei non perimitur.

des Eigenthums an der zur Hypothek verschriebnen Sache von Seiten des Gläubigers, gegen den Schuldner eintreten soll, so müssen 40 Jahr vergangen seyn. Der Anfang dieser 40-jährigen Verjährung wird von dem Tage an gerechnet, da der Gläubiger die Hypothek nicht mehr als Unterpfand betrachtet, sondern sie vermöge eines solchen Titels, wodurch man das Eigenthumsrecht an sich bringen kann (Handb. 4 Th. S. 147) zu besitzen angefangen, und der Schuldner hat hierauf die ganzen 40 Jahre hindurch stille dazu geschwiegen [a]). Will aber der Schuldner seine mit einer Hypothek beschwerte Sache, gegen den Gläubiger, durch die Verjährung von der Hypothek frey machen, so müssen ebenfalls 40 Jahr vergangen seyn, ehe der Gläubiger durch Stillschweigen und Nichterinnern des Schuldners, um sein Recht kommt. Die Rechtslehrer haben über die Bestimmung dieser Frage sehr verschiedne Meynungen geäußert, weil sie verschiedne Gesetze nicht mit einander zu vereinigen wußten, und daher behaupteten einige, es finde gar keine Verjährung von Seiten des Schuldners statt. Anfangs verordnete dieses das römische Recht auch würklich, wie man aus der vom Kayser Justinian herrührenden, in der Note [b]) angeführten Verordnung sieht, wo der Kayser

a) Der Herr Hofrath Claproth in der Rechtswissenschaft von Verträgen 2 Th. S. 641. Westphal vom Pfandrechte S. 362.

b) L. 7. pr. C. de praescr. 30 v. 40 ann. — Cum notissimi iuris sit, actionem hypothecariam in *extraneos* quidem suppositae rei detentores annorum *triginta* finiri spatiis, si non interruptum erit silentium, vt lege cautum est, i. e. etiam per solam conuentionem, aut si aetas impubes excipienda monstretur, in ipsos vero *debitores*, aut *eorum* heredes primos vel vlteriores, *nullis exspirare lustrorum*

Kayser dieses ausdrücklich sagt. Der Kayser Theodosius änderte das alte Recht in soferne ab, daß er eine Verjährung der Schuldforderungen einführte, wodurch der Schuldner von der Schuld befreyt, und des Gläubigers persönliche Anforderung getilgt wurde. Darüber bestimmte er aber nichts, ob auch die hypothekarische Klage, durch eine Verjährung verlohren werden könnte; und deswegen galt auch keine Verjährung dieser Klage. Dieses änderte aber der Kayser Justinian in dem in der Nota [b]) angeführten Gesetz ab, und verstattete eine 40-jährige Verjährung der hypothekarischen Klage. Daß er einen Zeitraum von 40 Jahren zu dieser Verjährung erforderte, da doch sonst der Regel nach Rechte in 30 Jahren verlohren gehen, davon war wahrscheinlich dieses die Ursache, daß vor ihm gar keine Verjährung möglich gewesen, und er also doch immer noch einen Unterschied zwischen der Verjährung dieses Realanspruchs und der blos persönlichen Forderung beybehalten wissen wollte [c]). Was endlich den Fall anbetrift, wenn ein Dritter sich im Besitz der Sache befindet, worauf eine Hypothek liegt, so kann auch dieser

Iustrorum curſibus: noſtrae prouiſionis eſſe perſpeximus, hoc quoque emendare, ne poſſeſſores eiusmodi prope immortali timore teneantur. §. 1. eod. — Quamobrem iubemus hypothecarum perſecutionem, quae rerum mouetur gratia vel apud debitores conſiſtentium, vel apud debitorum heredes, *non vltra quadraginta annos, ex quo* competere coepit, prorogari, niſi conuentio aut aetas, (ſicut dictum eſt) interceſſerit: vt diuerſitas vtriusque rerum perſecutionis, quae in debitorem, aut heredes eius, quaeque mouetur in extraneos, *in ſolo ſit annorum nummero:* verum in aliis omnibus ambae ſimiles ſint: in actione ſcilicet perſonali his cuſtodiendis; quae priſca conſtitutionum ſanxit inſtitia.

c) Herr Prof. Weſtphal vom Pfandrechte S. 364.

ser die im Besitz habende Sache, durch die Verjährung von der Hypothek befreyen, nur müssen zwey Fälle genau unterschieden werden. Nämlich es kommt darauf an, ob der Dritte die Sache als Eigenthümer besitzt, oder ob er sie als ein Pfandgläubiger im Besitz hat. Besitzt er die Sache als Eigenthümer, und weiß nichts davon, daß Jemand eine Hypothek an seiner Sache hat, so verjährt er die Hypothek binnen 10 Jahren, unter Gegenwärtigen, und binnen 20 Jahren unter Abwesenden. Weiß er es aber, daß Jemand eine Hypothek an seiner Sache hat, und dieser hypothekarische Gläubiger vernachläßigt seine damit verbundenen Rechte 30 Jahre über, so macht er seine Sache erst durch den Besitz von 30 Jahren von der Hypothek frey [d]). Daß übrigens sowohl in Rücksicht auf den Gläubiger, als den Schuldner allemal die Hauptverbindlichkeit, die aus der Hypothek entspringt, erfüllt, und derjenige, gegen welchen die Verjährung gerichtet wird, in der Verfolgung seines Rechts nachläßig seyn müsse (in mora), eher als der Anfang der Verjährungszeit eintreten könne, versteht sich von selbst, und ist ein wesentliches Stück aller Verjährungen. So viel von der Art und Weise, wie eine Hypothek wieder aufhören kann. Bey gerichtlichen Hypotheken muß der Richter darauf dringen, daß die Schuld- und Unterpfandsverschreibungen im Gericht eingereicht werden, wo sodann die getilgte Hypothek im Consensbuche angemerkt wird (S. 62). Der Schuldner bittet bey hohen Gerichten schriftlich um die Cassation, ohngefehr folgendergestalt: —

Eurer

d) Claproths Rechtswissenschaft von Verträgen 2 Th. S. 641. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. II. S. 307.

Eurer — ist noch gnädigst erinnerlich, daß ich unter dem 10 May 1770 auf das von Höchstdenenselben zu Lehn tragende Mannlehnguth N. ein Capital von Dreytausend Rthlrn. erborgt, und darüber höchsten Landes- und Lehnsherrlichen Consens ausgebracht habe. Da ich nun, wie anliegende gerichtlich anerkannte Originalquittung beweißt, dieses Capital wieder völlig bezahlt, und daher die ausgestellte Schuld- und Unterpfandsverschreibung nebst der ausgewürkten hohen Bestätigung zurück erhalten; Als reiche ich diese Urkunden hiermit zur Cassation gehorsamst ein, und bitte mir einen Cassationsschein in gewöhnlicher Form darüber aushändigen zu lassen, der ich in tiefster u. s. f.

Der Cassationsschein enthält folgendes:

Nachdem N. in Schriften geziemend angezeigt, wasmassen er das von N. besage des unterm 10 May 1770 auf sein besitzendes Ritterguth ausgestellten Lehns- und Landesherrlichen Consenses, vorgeliehene Capital von Dreytausend Thalern nunmehr wieder abgetragen, dieses sein beschehenes Anführen auch durch Ueberreichung des Originalconsenses und gerichtliche Quittung erwiesen, zugleich auch um Cassirung gedachten Consenses, und Ausfertigung gewöhnlichen Cassationsscheins gebeten; Als wird, nachdem der Consens würklich caßiret worden, gegenwärtiger Cassationsschein hierüber ausgestellt. So geschehen u. s. f.

Da die Grundsätze von der Pfandnachfolge (luccessio hypothecaria) am leichtesten zu verstehen sind, wenn man weiß, wie eine Hypothek aufhört, so will ich die Sache hier vortragen. Wenn Jemand eine Hypothek hat, so geschieht es bisweilen, daß er sie deswegen verliehrt, weil die Pfandnachfolge, und das sogenannte Eintretungsrecht (ius offerendi) seine

Wür-

Würkung zeigt e). Es ist hierbey ein Unterschied zu machen, wie die Rechtslehrer behaupten, zwischen solchen hypothekarischen Gläubigern die eine schwächere Hypothek haben, und solchen Gläubigern denen gar keine Hypothek zusteht, sondern deren Anforderung blos eine persönliche ist. Die schwächern hypothekarischen Gläubiger erlangen die Rechte, welche mit einer stärkern Hypothek verbunden sind, ohne eine Ceßion, oder einen Vertrag deswegen geschlossen zu haben, blos dadurch, daß sie die Anforderung dessen der die stärkere Hypothek hat, völlig getilgt haben f). Der schwächere hypothekarische Gläubiger, kann gegen den stärkern von dem Eintretungsrechte sogar wider seinen Willen Gebrauch machen, und ihm sein Geld geben, oder wenn er es nicht annehmen will, das Geld im Gericht niederlegen, wo sodann die Abtretung, wenn gleich der stärkere hypothekarische Gläubiger sie nicht bewilligen wollte, als geschehen angenommen wird g). Dieses Recht findet so-

e) BERGHOFF D. de successione hypoth. Gött. 1744. G. B. BECKMANN D. de successione creditoris in alterius et suum ipsius locum. COCCEII D. de iure offerendi Heid. 1678 in Exerc. T. I. n. 27. RING D. de iure offerendi poster. hypoth. contra prior. comp. Frf. 1700. de SCHAEFFER D. de succes. in hypoth. cum debit. initam. Altorf. 1768.

f) L. 11. §. 4. D. qui pot. in pign. — Si paratus est posterior creditor priori creditori soluere quod ei debetur: videndum est, an competat ei hypothecaria actio, nolente priore creditore pecuniam accipere? Et dicimus priori creditori inutilem esse actionem: cum per eum fiat, ne ei pecunia soluatur. MEVIVS Dec. IV. 123.

g) L. 1. C. qui pot. in pign. — Qui pignus secundo loco accepit, ita ius suum confirmare potest, si *priori* creditori debitam pecuniam soluerit, aut cum obtulisset, isque accipere noluisset, eam obsignauit et deposuit, nec in vsus suos conuertit.

gar wider den Fiscus, und das Heyrathsguth, kurz wider alle privilegirte Pfandgläubiger statt. Bediente sich aber der Fiscus dieses Nachfolgerechts, so hat er dennoch keine größere Vorzüge, als der hatte, in dessen Stelle er tritt [h]). Ganz andere Grundsätze treten ein, wenn Jemand eine bloße Personalforderung an dem Schuldner hat. Ein solcher persönlicher Gläubiger kann eine Hypothek nicht anders an sich bringen, als wenn er sich entweder die Hypothek desjenigen Gläubigers, dem er seine Anforderung bezahlt hat, förmlich abtreten läßt; oder wenn er dem Schuldner nur in der Absicht das Geld lehnt, damit er einen hypothekarischen Gläubiger damit würklich befriedigen, und ihm sodann dessen Hypothek überlassen soll, worauf der Schuldner auch würklich den hypothekarischen Gläubiger befriedigt hat [i]). Von den Fällen, da ein Gläubiger zu eines andern Gläubigers Befriedigung sein Geld hergiebt, ist derjenige sehr unterschieden, da Jemand ein mit Hypotheken beschwertes Grundstück kauft, und nun mit des Käufers Gelde eine hypothekarische Schuld bezahlt wird. Ein solcher Käufer tritt allemal schon an sich, und ohne besondere Uebertragung der Hypothek, an des befrie-

h) L. 2. C. de his, qui in prior. L. 10. C. qui pot. in pign. l. 3. §. 7. D. de iure fisci. BECKMANN D. de succes. credit. in alter. loc. §. 17.

i) L. 1. C. de his qui in prior. — Non omnimodo succedunt in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transit. *Hoc enim tunc obseruatur*, cum is, qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat, vt *idem pignus* ei obligetur et in locum eius succedat. Quod in persona tua factum non sit: iudicatum est enim te pignora non accepisse frustra putas tibi auxilio opus esse constitutionis nostrae ad eam rem pertinentis.

befriedigten Gläubigers Stelle k). Das Eintretungsrecht kann nicht nur jeder Gläubiger gegen den ihm vorgehenden Gläubiger ausüben, sondern derjenige, der Gebrauch davon gemacht hat, muß sichs ebenfalls gefallen lassen, daß ein hinter ihm stehender Gläubiger auf gleiche Art gegen ihn Gebrauch davon macht. Dies folgt aus dem Wesen dieses Rechts. Der Gläubiger, welcher das Eintretungsrecht ausgeübt, hat nun ein stärkeres Recht erhalten, als er vorher hatte; warum wollte er sichs nicht gefallen lassen, daß nun wieder ein anderer, der noch ein schwächeres Recht hatte, als er, an seine Stelle tritt. Dieses Eintretungsrecht bringt ferner mit sich, daß ein schwächerer Gläubiger von einem stärkern, der sich das Unterpfand zu Tilgung eines Theils seiner Forderung hat verkaufen lassen, verlangen kann, er solle ihm die Sache gegen Bezahlung seiner Schuld überlassen l). Denn wenn der zweyte Pfandgläubiger einen Dritten hinter sich hat, so kann er weiter nichts verlangen, als seine völlige Befriedigung. Ist dieses geschehen, so kann er weiter keinen Vorzug vor andern Mitgläubigern fordern. Er würde sich aber mit ihrem Schaden bereichern, wenn er dasjenige Pfand, woran sie ebenfalls Ansprüche haben, und welches sie vielleicht besser nutzen können, als er,

k) L. 3. C. de his qui in prior. — Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam *emisse te dicis*, ita vt pretium perueniret ad eosdem priores creditores, *in ius eorum successisti*: et contra eos, qui inferiores illis fuerunt, iusta defensione te tueri potes.

l) L. 6. D. de distr. pign. — Cum *posterior* creditor a *priore* pignus emit; non tam acquirendi dominii, quam seruandi pignoris sui caussa intelligitur pecuniam dedisse. Et ideo offerri ei a debitore potest.

schlechterdings behalten wollte. Daher muß er es wieder herausgeben, wenn er völlig befriedigt worden. Das Eintretungsrecht ist auch alsdenn jedem Pfandgläubiger verstattet, wenn ein Fremder das Pfand gekauft hat, damit der erste Gläubiger mit dem Gelde bezahlt werden sollte, und diese Bezahlung ist auch würklich geschehen. Auch kann ein Pfandgläubiger gegen den Bürgen des Hauptschuldners davon Gebrauch machen, wenn dieser den ersten Gläubiger bezahlt, und dafür die Hypothek erhalten hat m). Sollte aber nicht ein Gläubiger, sondern ein Dritter die Hypothek gekauft haben, weil sie verkauft werden mußte, um die Schuld eines Pfandgläubigers zu tilgen, so kann Niemand das Eintretungsrecht ausüben. Die Folge von dem ausgeübten Eintretungsrecht besteht darin, daß es nun in des eingetretenen Gläubigers freyen Willen steht, ob die Hypothek verkauft werden soll, oder nicht. Die Hauptschuld, und die Nebenverbindlichkeiten genießen nach dem ausgeübten Eintretungsrechte gleiche Vorrechte. Die Grundsätze welche ein Gläubiger, bey Abtretung seiner zeither gehabten Hypothek zu befolgen hat, können am besten bey der Lehre von der Cession vorgetragen werden. Zum Beweiß wie wichtig diese Materie sey, mögen folgende Formulare dienen.

Formular einer geschehenen Cession:

Nachdem u. s. f. die Entschließung gefaßt, mir dasjenige Capital von Eintausend Vierhundert Thalern,

m) L. 2. D. de distr. pign. — Fideiussor conuentus officio iudicis assecutus est, vt emtionis titulo praedium creditori pignori datum susciperet. Nihilominus alteri creditori, qui postea sub eodem pignore contraxit, offerendae pecuniae, quam fideiussor dependit, cum vsuris medii temporis facultas erit. Nam huiusmodi venditio, transferendi pignoris caussa, necessitate iuris fieri solet.

Thalern, welches ich ex jure cesso der nunmehr verstorbenen Frau u. s. f. laut in der Michaelmesse 1744 ausgestellter und unterm 10ten November ejusd. anni Landes- und Lehnherrlich bestätigter Cession, auch am 13ten August dieses Jahres erfolgten Prolongation auf dem Ritterguth N. unterpfändlich versichert zu fordern habe in Conventions-Speciesthalern a 1 Rthlr. 8 Gr. — das Stück gerechnet, gegen Ertheilung iurium cessorum dato baar und richtig auszahlen lassen; als quittire ich Endesunterschriebener nicht nur über den richtigen Empfang der 1400 Thaler unter Begebung der Ausflucht nicht gezahlt, und empfangenen Geldes, sondern cedire auch gedachtem u. s. f. mein obgedachtermassen u. s. f. versichertes Capital der 1400 Rthlr. als nomina vera et bona cum omni actione tam directa quam vtili absque vlla nouatione, nebst denen von dato an mit 5 pro Cent davon gefälligen Zinsen dergestalt und also, daß erwähnter u. s. f. mit sothanen 1400 Rthlr. als mit seinem wohlerlangten Eigenthum schalten, walten, und gebahren auch solche an andere cediren, und selbst die Zinsen einheben, auch den Hauptstamm unter vorgängiger beyden Theilen freystehender halbjähriger Aufkündigung sich wieder einzahlen lassen könne. Zu dessen Urkund ist dieses Ceßions-Document nicht nur von mir dem Cedenten, sondern auch von mir dem Besitzer des Ritterguths N. zu Bezeugung meiner Einwilligung und Anerkenntniß der Schuld in quali et tanto unterschrieben und vollzogen worden. So geschehen u. s. w.

Formular eines Bittschreibens, um die Bestätigung einer geschehenen Ceßion.

Eurer u. s. f. ruhet in gnädigster Erinnerung, wasmassen ich im Jahr 1771 ein Capital von Eintausend Thaler auf das Ritterguth L. dargeliehen,

und mir darüber unterm u. s. f. höchster Landes- und Lehnsherrlicher Consens ausgestellet worden. Nachdem ich nun dieses Capital und das deshalb competirende Unterpfandsrecht an N., cum omni iure et actione cediret; als überreiche ich die deshalb gefaßte Cessionsurkunde, mit der unterthänigsten Bitte:

„solche Cession landes- und lehnsherrlich confir„miren, und zur Sicherheit des Cessionars die ge„wöhnliche Bestätigungsurkunde darüber ausfertigen „zu lassen," der ich u. s. f.

Was die Klagen anbetrift, zu deren Einführung die Hypotheken Gelegenheit gegeben haben, so muß hierbey ein dreyfacher Unterschied gemacht werden [n]). Vor allen Dingen ist darauf Rücksicht zu nehmen, ob bereits würklich eine Hypothek bestellt worden ist, oder ob dieses erst geschehen soll, weil es die Interessenten einander versprochen haben. Dieses pflegt zuweilen in folgenden Ausdrücken zu geschehen: es soll diese Schuld mit nächstem verbrieft werden; oder: er wolle mit nächstem ein Pfand geben, oder ein Unterpfand einsetzen [o]). In diesem letzten Falle ist noch zur Zeit weiter nichts vorhanden, als eine persönliche Verbindlichkeit, woraus also bloß eine persönliche Klage entsteht. Derjenige Gläubiger dem sein Schuldner würklich eine Hypothek versprochen hat, und gleichwohl ist er nachher nicht dazu zu bringen, sie öffentlich bestätigen zu lassen,

(S.

n) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2. Th. S. 402. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. III. S. 597. Westphal vom Pfandrechte. S. 382.

o) Emelins Ordnung der Gläubiger S. 218. HARPPRECHT Resp. 92. n. 206. GRASS D. de pacto futuri contract. praeparatorio §. 21. PETERMANN de valore pactorum, quibus praeparantur contractus. §. 26.

(S. 128) kann zu Erlangung seiner Absicht eine sogenannte Imploration des richterlichen Amtes brauchen p). Sollte aber die Hypothek bereits würklich gesetzmäßig ertheilt worden seyn, so sind hauptsächlich zwey Rechtsmittel zu merken, welche wegen einer vorhandenen Hypothek, nach Vorschrift des römischen Rechts gebraucht werden können, nämlich eine Klage die sich auf das Realrecht gründet, welches die Hypothek giebt, und ein anderes Rechtsmittel, dessen Gegenstand der Besitz ist; denn man kann wegen der Hypotheken sowohl petitorisch als possessorisch klagen. Die petitorische Klage wird von den Rechtslehrern überhaupt die hypothekarische Klage genannt. Sie ist zum Besten des Gläubigers eingeführt worden, und geht darauf, daß er vom Besitzer der ihm zur Hypothek verschriebnen Sache, es mag der Schuldner oder ein Fremder seyn, verlangt, ihm die Hypothek zu übergeben, damit er sich wegen seiner Anforderung davon befriedigen könne. Die Einführung derselben geschahe auf folgende Art. Ein gewisser Prätor, Namens Servius erklärte in seinem bekannt gemachten Anschlage (edictum Praetoris), daß er dem Verpachter eines Landguths, der sich zur Sicherheit seines zu fordern habenden Pachtgeldes für ein verpachtetes Landguth (praed. rust.) von dem Abpachter eine Hypothek zur Sicherheit seines Pachtgeldes habe bestellen lassen, zum würklichen Besitz der verpfändeten Sachen sowohl, als der Früchte verhelfen wolle. Der berühmte Noodt hat sich bemüht, die Worte des Edicts herauszubringen q).

p) ECKARD Exam. act. forens. Part. XI. S. 153. Der Herr Hofrath Schmidt im Lehrbuch von Klagen S. 255. der neuest. Ausg. v. 1786.

q) Quae in fundum conductum a colono illata, inducta, invecta, locator conventione eius, cuius in bonis

Verschiedene Rechtslehrer halten diesen Prätor Servius für den berühmten Servius Sulpitius, den Freund des Cicero, dessen Ansehen und Prätur bekannt ist [r]). Ihm zu Ehren wurde dieses Rechtsmittel, die Servianische Klage (actio Seruiana) genannt. Die römischen Rechtsgelehrten dehnten diese Klage in der Folge auf alle übrigen Arten der Hypotheken aus, und zum Unterschiede nennten sie dieselbe Actio Quasi-Seruiana [s]). Die Servianische Klage setzt also voraus, daß ich Jemanden ein Landguth (praed. rustic.) verpachtet habe (S. 140), und daß er mir entweder das versprochene Pachtgeld ganz, oder zum Theil schuldig ist. Man bedient sich derselben gegen den Besitzer der auf dem Guthe erbauten Früchte, es mag der Abpachter selbst, oder ein Fremder seyn, und verlangt daß er die Früchte herausgebe. Ueberdieses kann man auch auf die Ablieferung der auf das Guth mitgebrachten Sachen klagen, wenn der Abpachter solche ausdrücklich zum Unterpfande verschrieben haben sollte. Die ausgedehnte Servianische Klage (act. quasi-Seru.), wird von jedem andern Gläubiger, gegen den Besitzer der ihm zur Hypothek verschriebnen Sache angestellt, und geht darauf, daß er ihm diese Sache mit den Früchten und allen dazu gehörenden Stücken herausgeben soll.

Heut-

nis sint, pro mercede sibi obligata esse dicet, de his illi, nisi arbitrio iudicis restituantur, aduersus eum, qui possidebit, quanti res erit, iudicium dabo.

r) Herr Prof. Westphal vom Pfandrechte S. 383.

s) §. 7. Inst. de Act. — Seruiana et Quasi-Seruiana (quae etiam hypothecaria vocatur), ex ipsius Praetoris iurisdictione substantiam capiunt. *Seruiana* autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur. *Quasi Seruiana* autem est, qua creditores pignora hypothecasque persequuntur.

Heutzutage brauchen die practischen Rechtsgelehrten diese beiden Ausdrücke nicht mehr, sondern nennen beide Klagen mit einem Wort: die hypothekarische Klage t). Man kann sich derselben bey jedem Pfandrechte bedienen, ja sogar auch bey einem sogenannten Faustpfande, wenn dasselbe aus des Gläubigers Besitz gekommen seyn sollte u); so wie sie auch sowohl gegen den, der sie selbst als Gläubiger besitzt, alsdenn angestellt werden kann, wenn er ein schwächeres Recht hat, als der Kläger. Sollte aber die Schuld, zu deren Sicherheit eine Hypothek verschrieben worden, noch nicht gefällig seyn, so kann man von dieser Klage auch noch keinen Gebrauch machen. Dieser Fall tritt z. B. alsdann ein, wenn die Forderung auf einer Bedingung beruht, und diese ist noch nicht erfüllt worden. Hier kann man jedoch die hypothekarische Klage vor der Zeit anstellen, wenn der Schuldner sich wegbegeben will, oder eine Verschwendung oder Verderbniß der Sache zu besorgen ist. Jetzt stellt man die hypothekarische Klage zu dem Ende an, damit man das Unterpfand in Besitz erhält, oder der Schuldner Sicherheit wegen der Bezahlung machen muß, oder die Sache so lange sequestrirt wird, bis die Schuld gefällig ist x). Man stellt diese Klage

t) Höpfners Commentar über die Institut. S. 596.

u) L. 7. §. 10. D. com. diu. L. 22. D. de pign. L. 78. D. de pign. act.

x) L. 13. §. 5. D. de pign. — Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca: dicendum est, ante conditionem non recte agi: cum nihil interim debeatur, sed si sub conditione debiti conditio venerit, rursus agere poterit. Sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub conditione, et agatur ante conditionem hypothecariam: verum quidem est, pecuniam solutam non esse: sed auferri hypothecam iniquum est: ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt, si conditio exstiterit, nec pecunia

Klage gegen jeden Besitzer der Hypothek an, es mag dieses der Schuldner selbst, oder ein anderer hypothekarischer Gläubiger, der ein schwächeres Recht als der Kläger hat, seyn, oder ein Dritter, welcher das Eigenthum an der zur Hypothek verschriebnen Sache an sich gebracht. Wenn die Sache mehrern zum Unterpfande verschrieben worden, so kann jeder davon die Klage auf das ganze Unterpfand anstellen, wegen der Untheilbarkeit dieses Rechts y). In Ansehung des Beklagten wird kein Unterschied gemacht, ob er ein würklicher Besitzer ist, oder nur im Rechtsverstande dafür gehalten wird z). Das Gesuch wird darauf gerichtet, daß der Beklagte schuldig sey, die zur Hypothek verschriebene Sache nebst allen dazu gehörigen Stücken herauszugeben. Wird die Klage gegen den Schuldner selbst angestellt, so kann gebeten werden, daß er entweder die Hypothek übergebe, oder die ganze Schuld berichtige. Ist aber gegen eine dritte Person auf die Ablieferung der Hypothek geklagt worden, so ist es nicht recht schicklich, wenn man verlangt: er solle entweder die Sache heraus geben, oder die Schuld bezahlen; denn das letzte ist er nicht anders zu thun berechtigt, als wenn er selbst will. Die ältern Rechtslehrer haben über die Abfassung der Bitte in dieser Klage einen unbedeutenden Wortwechsel geführt a). Der Herr Hofrath Schmidt hat in

pecunia soluatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit.

y) L. 1. C. si vnus ex plur. hered. cred. L. 19. D. de pign.

z) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 403. L. 16. §. 3. D. de pign.

a) NOV. 104. RIVINVS D. de libello in act. hyp. rite form. Lipſ. 1706. §. 3 et 7. TRIER Pr. de form. act. hyp. Frf. 1738. LEYSER Spec. 224. m. 2. WERNHER

Part.

in seinem Lehrbuche von Klagen und Einreden S. 259 der neust. Ausg. folgendes Formular einer hypothekarischen Klage, worin aber zugleich die Klage auf die Zurückgabe des Brautschatzes mit angebracht worden, abdrucken lassen. —

Es ist bekanntermassen mein Ehemann, J. C. Federweiß, hieselbst, im vorigen 1770sten Jahre verstorben, und hat ein zwischen H. R. Kürbsen und F. M. Gurken gelegenes Haus und Hof sammt Zubehörungen und darinne befindlichen Mobilien, und zu diesen allen meinen mit ihm erzeugten Sohn, F. C. Federweiß, zum alleinigen Erben hinterlassen; welcher sich auch sothanen Nachlasses, gleich nach gedachtem meines Mannes Tode, als Erbe angemasset, und denselben bis jetzt noch besitzt. Ob ich nun wohl meinem zuvor erwähntem Ehemanne nicht nur, während der Ehe, 600 Mk. an baarem Gelde, sondern auch bey meiner Verheyrathung, das sämmtliche Hausgeräthe ein- und zugebracht, und von meinem Sohne verlangt, daß er mir als Erbe seines Vaters, dieses alles wieder erstatten und aushändigen solle, so will er sich doch in Güte hierzu nicht verstehen. Wann mir nun aber, meines zuvor bemeldeten Eingebrachtens wegen, auf das sämmtliche Vermögen meines verstorbenen Mannes, und also auch auf obbeschriebenes Haus und Hof sammt den Zubehörungen und darinne befindlichen Mobilien ein stillschweigendes Unterpfandsrecht zusteht (S. 147); als sehe ich mich wider meinen obbenannten Sohn hiermit zu klagen genöthiget, mit Bitte zu erkennen:

Daß mir an Beklagtens libellirtem Hause, Hofe und Zubehörungen, ingleichen an denen darinne befindlichen

Part. I. Obs. 236. n. 6. MVSAEVS de libello alternat. in hyp. act. admitt. Kil. 1701.

findlichen von meinem verstorbnen Manne hinterlassenen Mobilien die Unterpfandsgerechtigkeit zustehe; derowegen Beklagter mir entweder meine libellirten Illaten, sammt den Verzugszinsen, wieder zu bezahlen und auszuhändigen, oder zuvor gedachte mir unterpfändlich zustehende Stücke so lange, bis ich wegen solcher meiner Illaten und Verzugszinsen völlig befriedigt worden, abzutreten und einzuräumen, auch alle verursachte Unkosten zu erstatten schuldig.

Ein anderes Formular.

Besage des mit A bezeichneten in Abschrift beygelegten Pachtcontracts, hat J. C. Bürger, ein Pferdeverleiher alhier, mir meine vor dem Schönfelder Pförtgen an der Baare linker Hand zwischen N. und N. gelegene drey Hufen Ackerland, auf 6 Jahr hintereinander, für 150 Rthlr. jährlich zu bezahlendes Pachtgeld im Jahr 1780 abgepachtet, und mir das Pachtgeld alle halbe Jahr zu Ostern und Michael zu bezahlen versprochen, dieses aber seit drey Jahren nicht gethan. Da mir nun nach Vorschrift der Gesetze, an den auf dem verpachteten Lande erbauten Früchten eine Hypothek zusteht, und ich von Beklagten das versprochene Pachtgeld zeither in Güte nicht erhalten können, so werde ich genöthigt ihn zu verklagen. Es ergehet daher an Eure — meine ganz ergebenste Bitte, Beklagten, nach vorher ihm zugeschickter von mir überreichten Klage, zur Antwort und Einlassung auf dieselbe bey Strafe des Eingeständnisses vorladen zu lassen, sodann aber rechtlich auszusprechen:

Daß mir an den Früchten besagter drey Hufen des ihm verpachteten Landes die Unterpfandsgerechtigkeit zustehe, derowegen Beklagter, mir entweder, die seit drey Jahren schuldigen 450 Rthlr. Pachtgelder, nebst den Zinsen des Verzugs zu bezahlen, oder die eingeärnteten mir unterpfändlich zustehenden

henden Früchte, so lange abzutreten schuldig, bis ich wegen des mir schuldigen Pachtgeldes völlig befriedigt bin.

Ein anderes Formular aus des Herrn geheimen Rath Carrachs Anmerkungen, über den Herrn Canzler Böhmer de Act.

Eure — werden aus der abschriftlichen Beylage A ersehen, daß N. N. bereits vor 3 Jahren, von mir ein mit 5 Procent vom Hundert verzinsliches Capital von 1000 Thlr. angelehnt erhalten habe. Nun hat derselbe solches Capital nicht nur in zwey Jahren wieder zu bezahlen versprochen, sondern mir auch zur Sicherheit sein in der N. Gasse gelegenes Haus zu einem Unterpfande, wie nicht nur aus der Beylage B erhellet; sondern auch das Hypothekenbuch, nach dem Auszuge C erweiset, gerichtlich verschrieben. Es ist aber nicht nur der obige festgesetzte Zahlungstermin verstrichen, ohne sein Versprechen erfüllt zu haben; sondern es hat auch mein Schuldner überdieses sogar das mir unterpfändlich verschriebene Haus vor kurzen an N. N. verkauft, welcher es auch noch besitzt. Nun kann ich bey dieser aus den Acten sofort klaren Bewandniß der Sache, die Abtretung des mir zur Hypothek verschriebenen Hauses, so lange bis ich gänzlich befriedigt bin, den Rechten nach verlangen. Da ich dieses dem Beklagten bereits angetragen habe, er sich aber in Güte zur Abtretung des Hauses nicht verstehen will, so sehe ich mich also genöthigt, mittelst gegenwärtiger Klage mein Recht durchzusetzen, und Eure — zu bitten, dem Beklagten meine Klage mitzutheilen, ihm zur Erscheinung eine Tagefahrt anzuberaumen, die Beylagen anerkennen zu lassen, und alsdenn rechtlich auszusprechen:

Daß

Daß mir die Pfandgerechtigkeit an dem gekauften Hause des Beklagten zustehe, und daher derselbe mir das unterpfändlich verschriebene Haus, bis nach erfolgter gänzlichen Befriedigung, wieder abzutreten, auch alle durch Anstellung des Processes verursachte Kosten zu erstatten schuldig.

Die hypothekarische Klage kann sowohl wider den Schuldner, als einen dritten Besitzer der zum Unterpfande verschriebenen Sache, executivisch eingerichtet werden, wenn man die dazu nöthigen Urkunden beylegen kann [b]). Bey der Frage, was der Kläger beweisen müsse, wenn ihm der Beklagte die Klage abgeleugnet, ist ein Unterschied zu machen, ob die Klage gegen den Schuldner selbst, oder gegen einen dritten Besitzer angestellt worden. Gegen den Schuldner braucht nichts weiter bewiesen zu werden, als die würklich geschehene Verpfändung. Das Eigenthum desselben braucht nicht vom Beklagten bewiesen zu werden, und der Besitz ist daraus ersichtlich, weil er die Sache verpfändet hat, denn er hätte betrügerisch gehandelt, wenn er eine Sache verhypothecirt, die er nicht im Besitz gehabt [c]). Stellt der Gläubiger die hypothekarische Klage gegen einen fremden Besitzer an, so ist ein dreyfacher Unterschied zu machen. Nämlich es kommt darauf an, ob er sich selbst das Eigenthumsrecht beygelegt, oder ein vorgehendes Unterpfands- oder ein anderes stärkeres Recht.

b) MEVIVS Part. VIII. Dec. 191. BERGER Part. II. Suppl. ad elect. disc. forens. in Suppl. ad tit. 25. §. 1. CARRACH ad BOEHM. de Act. Sect. 2. c. 3. §. 100. n. c.

c) Arg. l. 41. D. de pign. act. MVDAEVS ad tit. D. de pign. et hyp. in com. ad Dig. Louan. 1563. fol. S. 137. HOFACKER Princ. Iur ciu. 2 Th. S. 403. Westphal vom Pfandrechte. S. 390. Das Gegentheil behauptet FABER de error. pragm. Dec. 63. Err. 1.

Recht. Hier braucht der Kläger weiter nichts als sein Pfandrecht zu beweisen, und der Beklagte muß sein stärkeres Recht ausführen; kann er das nicht, so hat er den Proceß verlohren. Der Beweis eines bessern Rechts geht hauptsächlich darauf, daß der eine ein älteres Unterpfandsrecht habe als der andere. Der Kläger hat aber von diesem Beweise nur alsdenn einen wahren Vortheil, wenn die Hypothek von einem und eben demselben Verpfänder herrührt. Ist sie aber von verschiednen Personen geschehen, so muß der Kläger das Eigenthum seines Verpfänders beweisen. Beweißt der Beklagte das nämliche, so geht er vor, weil er zugleich im Besitz ist [d]. Sollte sich aber der Beklagte, wenn ein anderer die hypothekarische Klage gegen ihn angestellt hat, selbst das Eigenthum an der dem Kläger zum Unterpfande verschriebenen Sache beylegen, und folglich behaupten, es sey eine fremde Sache verpfändet worden, so muß der Kläger schlechterdings beweisen, daß derjenige, der ihm die Hypothek verschrieben hat, das Recht gehabt sie zu verpfänden. Doch ist es genug, wenn der Kläger nur den Rechtstitel erwiesen hat, wodurch der Verpfänder zum Eigenthum gekommen ist [e]. Aber der Beweis des Eigenthums des Verpfänders ist alsdenn nur nöthig, wenn der fremde Besitzer die Sache nicht selbst von demselben an sich gebracht

d) L. 14. D. qui pot. in pign. — Si non dominus duobus eamdem rem diuersis temporibus pignorauit, prior potior est. Quamuis si a diuersis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit.

e) L. 18. D. de pign. — Si ab eo, qui Publiciana potuit vti, quia dominium non habuit, pignori accepi: sic tuetur me per Seruianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam. HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 403.

gebracht hat. Denn sobald es gewiß ist, daß der Beklagte das Unterpfand von dem Verpfänder bekommen hat, so darf er nicht auf den Beweis des Eigenthums von Seiten des Verpfänders dringen, weil er sich dadurch selbst schadet, indem er in der That behauptet, daß er von einem der nicht Eigenthümer gewesen, die Sache an sich gebracht habe. So wie derjenige die Publicianische Klage anstellen kann, der eine Sache von der nämlichen Person bekommen, von der sie der Beklagte nachher ebenfalls erhalten hat, wenn gleich des Veräußerers Rechtstitel nicht bewiesen ist, und wie die hypothekarische Klage gegen den statt findet, der die Sache von eben dem Schuldner verpfändet bekommen, von welchem der Kläger sein Pfandrecht her hat, wenn dieses nur älter ist, ob er gleich das Eigenthum des Verpfänders nicht beweisen kann, so muß auch diese hypothekarische Klage gegen denjenigen gegründet seyn, der von eben dieser Person das Eigenthumsrecht nachher erhalten hat, von welcher Kläger vorher die Sache als Unterpfand bekommen [f]). Nach dem ältern römischen Rechte stand es bey dem Kläger, ob er seinen Schuldner, der die Hypothek veräußert hatte, zuerst ausklagen, oder gleich den Besitzer dieser verpfändeten Sache in Anspruch nehmen wollte [g]). Der Kayser Justinian änderte dieses ab, und befahl, der Gläubiger solle erst den Hauptschuldner ausklagen, es mögte die Hypothek eine allgemeine oder besondere seyn [h]), obgleich

f) L. 9. §. 4. D. de publ. in rem. act. L. 14. D. qui pot. in pign. Herr Prof. Westphal vom Pfandrechte S. 393.

g) L. 14. L. 24. C. de pign. L. f. C. de obl. et act.

h) Nov. 4. c. 2. Avth. sed hodie C. de obl. et act. Lavterbach et Stryck de benef. excuss. Gvnd-

gleich verschiedne Rechtslehrer behaupten, bey einer besondern Hypothek könne der Beklagte nicht darauf dringen, den Hauptschuldner erst auszuklagen i). Diese Meynung wird aber von andern berühmten Rechtslehrern deswegen verworfen, weil in der 112 Nov. Cap. 1. worauf sich jene Rechtslehrer berufen, die Rede von einem besondern Falle ist, da der Schuldner die Sache, während daß er mit dem Gläubiger über das ihm daran zustehende Unterpfandsrecht stritt, veräußert hatte, daraus aber eine Nichtigkeit entsteht, wie wir S. 3. gesehen haben k). So viel zur Erläuterung der eigentlichen hypothekarischen Klage. Die Einreden, welche dagegen vorgebracht werden können, sollen bey der Lehre von der Klage aus dem Pfandcontract vorkommen, weil sie mehrentheils beyden Klagen gemein sind. Was die possessorischen Rechtsmittel anbetrift, zu deren Einführung die Hypotheken Gelegenheit gegeben, so können solche am besten in dem Kapitel vom Besitz erklärt werden. Und hiermit schließe ich zugleich das äußerst wichtige Kapitel von Hypotheken. Von der Brauchbarkeit der zeither vorgetragenen Grundsätze, kann man sich nicht besser überzeugen, als wenn man im Concursproceß die Rechte der hypothekari-

GVNDLING D. Singularia de benef. excuss. capita. Hal 1728.

i) CONRADI D. de benef. excuss. poss. hypoth. spec. non comp Helmst. 1747. HVBER ad tit. de pign. §. 9. de CRAMER Obs. Tom. II. Obs. 656.

k) HOFACKER Princ. Iur. ciu. 2 Th. S. 405. KOCH D. de benef. excuss. tert. hyp. spec. poss. comp. ad Nov. IV. et CXII. Giess. 1771. HARPRECHT Cons. 70. nr. 283. de PVFENDORF Obs. T. III. Obs. 77. S. 194. de COCCEII Ius contr. ad tit. de pign. Qu. 14. Quistorps Beyträge I. 12.

schen Gläubiger vertheidigen oder durch Urthel und Recht fest setzen soll. Sehr viele Posten gehen verlohren, weil es einigen Advocaten an einer vollständigen Bekanntschaft mit allen hierher gehörenden Grundsätzen fehlt. Obgleich die Lehre vom Pfandcontract, im römischen Rechte, von den Hypotheken getrennt ist, beyde Materien aber doch oft auf gemeinschaftliche Grundsätze gebaut sind, so muß man sie beständig vergleichen. Dort werde ich sehr oft auf dieses Kapitel verweisen.

Fünftes

Fünftes Kapitel.

Vom Erbrechte.

§. 1.

Formular eines Testaments, welches der berühmte Herr Hofrath Claproth, seiner Kürze und Deutlichkeit wegen, in sein gelehrtes Werk von Testamenten, Codicillen, Vermächtnissen und Fideicommissen, S. 559 abdrucken lassen. Formulare von Testamenten.

Kund und zu wissen sey hiermit jedermännig-
lich: demnach ich Heinrich Adolf Gans bereits ein
hohes Alter erreichet, und dahero mein baldiges En-
de vor mir sehe; so habe ich mich entschlossen annoch Sanitas et intellectur testatoris.
bey gesunden Tagen und völligem Verstande zu ver-
ordnen, wie es nach meinem Tode gehalten werden
soll: Solchemnach will ich

Daß mein Körper nach meinem tödlichen Hin- de sepultura.
tritt christlichen Gebrauch nach meinem Stande ge-
mäß, jedoch ohne alles Gepränge, zur Erde bestat-
tet, und die Beerdigung also eingerichtet werden soll,
damit sie nicht über 50 Rthl. zu stehen komme.

2.

Zu meinen Erben setze ich meine nachfolgenden Kinder ein:

1) Johann Christian
2) Dorothea Elisabeth, verehl. Bunterothin
3) Sophie Elisabeth und
4) Heinrich Adam.

Weilen mich aber mein zweyter Sohn Philipp Causa exheredationis legitima.
Anton auf öffentlichem Markte nicht allein einen al-
ten Spitzbuben gescholten, sondern auch mit einem

Stocke geschlagen, so will ich denselben hiemit gänzlich enterben.

3.

Tutela, diuisio tutelae in regiones.

Sollten meine Kinder, meinen enterbten Sohn Philipp Anton nicht ausgeschlossen, bey meinem Ableben zum Theil noch minderjährig seyn, so setze ich zu Betreibung der Handlung den Kaufmann Theophilus Bast; in Ansehung der Erziehung der Kinder, Verwaltung aller übrigen Güther und Verrichtungen aber, setze ich den hiesigen Tuchmacher Hieronymus Kratzenberg zum Vormund, dergestalt, daß dieser auch sogar die Beytreibung der Ladenschulden besorgen, mithin ersterer weiter nichts als die Fortsetzung der Handlung in seinen Pflichten haben soll.

Tutor notitiae causa.

4.

Substitutio pupillaris.

Daferne nun meine annoch minderjährige Kinder nahmentlich Philipp Anton, Sophie Elisabeth, und Heinrich Adam eins oder alle vor ihrem 14ten Jahre versterben, so soll wenn eins oder mehrere gestorben, der oder die überlebende, wenn sie hingegen sämmtlich in der Minderjährigkeit verstorben, mein Schwager Friederich Wilhelm Eichel die Erbschaft des zuletzt verstorbenen ganz und mit Ausschließung ihrer Mutter meiner Frauen Anna Margaretha Kampfberg haben; meinen Sohn Philipp Anton enterbe ich hingegen auch auf diesen Fall.

5.

Legatum vsusfructus omnium bonorum modale.

So lange meine Ehefrau Anna Margaretha Kampfbergin den Witwenstand nicht verändert, und meine Kinder minderjährig sind, soll sie den Niesbrauch meines gesammten Vermögens haben, jedoch davon die Kinder standesmäßig erhalten und erziehen. Diesen Niesbrauch ziehet sie aber nicht anders, als daß die ernannte Vormünder ihr nach Ab-

zug

zug der Schäden und Kosten den reinen Ueberschuß vom Gewinst alle Jahr berechnen und abliefern. So wie aber eins meiner Kinder großjährig worden ist, fällt der Niesbrauch von dessen Antheile, und so ferner von dem Antheile derer jüngeren Kinder hinweg.

Daferne aber meine Kinder wider diese Verordnung aus dem Grunde: als ob dadurch ihr Pflichttheil beschwäret wäre, oder sonst aus irgend einem andern Grunde sich auflehnen würden, so sollen der oder diejenige hiermit bis auf ihren Pflichttheil enterbet seyn, und das übrige dem oder denenjenigen, so sich dieser Verordnung gemäß bezeigen, thäten sie es aber alle, meinem Schwager Friederich Wilhelm Eichel gänzlich anheim fallen. Cautela Socini.

6.

Ferner bitte ich meinen Sohn Johann Christian, seinen Antheil, so weit er bey seinem Ableben nicht verzehret ist, daferne er ohne eheliche Leibeserben versterben würde, an meines Bruders Kinder die verehelichte Steckin und Hans Conrad Gans zu überlassen. Fideicommissum.

7.

Mein Sohn Johann Christian soll ferner Einhundert Rthl. an die Armen der Nicolaipfarre als ein Vermächtniß bezahlen. Legatum purum.

8.

Meine Tochter Dorothea Elisabeth verehl. Bunterothin soll 70 Thl. schreibe siebenzig Rthl. als ein Vermächtniß an die Tochter des Tischler Menkens unter der Bedingung auszahlen, wenn diese sich vereheligen wird. Legatum conditionatum.

9.

Eben dieselbe soll meinem jungen Vetter Martin Günzel, wenn sich derselbe zu Erlernung der Handlung Legatum sub modo relictum.

lung bequemet, anders aber nicht, Einhundert Rthl. auszahlen.

10.

Legatum poenae nomine relictum.

Wenn meine Tochter Sophie Elisabeth demnächst diejenige Person heirathen würde, mit welcher sie sich wider meinen Willen eingelassen, und welches ich als ihr Unglück ansehe, mithin sie nochmals väterlich warne, so soll sie ein Vermächtniß von 500 Thl. schreibe Fünfhundert Rthl. von ihrem Erbtheile an die Johanniskirche entrichten.

11.

Praelegatum.

Mein jüngster Sohn Heinrich Adam soll in Betrachtung daß seine ältere Geschwister ein mehreres an Erziehung und Unterhalt genossen, den Garten vor dem Wehnder Thore an der Contrescarpe zwischen Bubzings und Mauermeisters Garten belegen, zum voraus haben, auch dasjenige nicht zur gemeinen Erbschaft bringen, was ich ihm geschenkt habe, gleichwie ich schlechterdings verbiethe, daß eins meiner Kinder von dem andern die Collation aus irgend einem Grunde fordern soll.

12.

Ademtio legatorum.

Die vorhin in meinem errichteten Codicill ausgesetzte Vermächtnisse und Fideicommisse hebe ich hiermit sämmtlich wiederum auf, und soll deren keines gelten.

13.

Dies solutionis.

Alle vorgesetzte Vermächtnisse sollen erst alsdann abgetragen werden, wenn meine Kinder ein jeder seinen Erbtheil in die Hände bekommen hat.

14.

Assignatio paterna.

Mein ältester Sohn Johann Christian soll das Haus auf der Gothmerstraße für Sechshundert Rthl. in der Theilung haben, und seine übrige Geschwister sollen verbunden seyn, es ihm hierfür zu lassen.

15.

15.

Der oder diejenige von meinen Kindern, welche sich erkühnen werden, diesen meinen letzten Willen in ein oder mehreren Punkten anzufechten, sollen hiermit bis auf den Pflichttheil enterbet seyn, gestalten ich denn auch hiesigen hochl. Magistrat zu Executoren dieser meiner Verordnung hiermit bestelle, und geziemend bitte, hierüber bey vorkommenden Fällen kräftig zu halten. Nachdem ich nun diesen meinen letzten Willen bereits vorhin zu Papier setzen lassen, und heute die unten benannte Zeugen auf mein bittliches Ersuchen bey mir erschienen, in deren Gegenwart dieses Testament dergestalt verlesen, daß der 8te Zeuge Caspar Huth, weilen ich Schreibens und Lesens unerfahren, selbst mit hinein gesehen, und mir versichert hat, daß alles so wie es hergelesen worden, niedergeschrieben sey; und dann dieses meine wahre letzte Willensmeynung ist, welche, wenn sie nicht als ein förmliches Testament bestehen kann, dennoch wie ein Codicill, oder wie es sonst am besten geschehen mag, gelten und Kraft haben soll, so habe ich vor meinen Nahmen eigenhändig 3 Kreutze vorgezeichnet, und mein Petschaft vorgedruckt; die Zeugen aber haben dieses Testament, nachdem diese Handlung unterbrochen geendiget, eigenhändig unterschrieben und besiegelt. So geschehen Göttingen den 18ten Jan. 1756.

Clausul. priuatoria vsque ad legitimam.

Clausula codicillaris.

††† Heinrich Adolph Gans. Weilen der Erb-
(L. S.) lasser des Schreibens und Lesens unerfahren, so habe ich Caspar Huth, dessen Namen geschrieben, derselbe aber hat nach geschehener Vorlesung und Genehmigung des Testaments, welches ich richtig niedergeschrieben befunden, drey Kreuze vor seinen Namen gezeichnet.

(L.S.) Casper Huth als erbetener Zeuge.
(L.S.) Melchier Stab als erbetener Zeuge.
(L.S.) Heinrich Balzer als erbetener Zeuge. In Ermangelung eines Petschaftes habe mich des ersteren Zeugens Petschaft bedienet.
(L.S.) Adam Quernburg als erbetener Zeuge.
(L.S.) Dierrich Eulenberg als erbetener Zeuge.
(L.S.) Heinrich Christoph Meerbach als erbetener Zeuge.
(L.S.) Ludwig Heinrich Kohlhaupt als erbetener Zeuge.
(L.S.) Christian David Born als erbetener Zeuge. In Ermangelung meines gewöhnlichen Petschafts habe mich des Kohlhauptischen Petschaftes bedienet.

Ein anderes Formular.

Im Namen Gottes!

Sey denen hiermit zu wissen, welchen daran gelegen, daß ich, George Freyberg, Bürger und Rathsweinkeller- auch Speisewirth hier zu Asträenstadt, in Betracht meines hohen Alters, und meines vielleicht bald zu erfolgenden Todes, bey noch vollkommenem Gebrauche meiner Verstandes- und Seelenkräfte, nachfolgende testamentliche Verordnung über mein sämmtliches, nach meinem Tode nachzulassendes Vermögen, nach reiflicher Ueberlegung, sonder allen Zwang und Zunöthigung, freywillig und wohlbedächtig verfasset, errichtet, auch eigenhändig geschrieben habe.

I.

Zuförderst befehle ich meine Seele der Obhut Gottes, und zweifle nicht, daß er sie zu Gnaden annehmen werde; meinen entseelten Körper aber sollen

(L.S.) George Freyberg, mein letzter Wille.

len meine Erben, nach hiesiger Gewohnheit, mit der ganzen Schule, auch Haltung einer Leichenpredigt, wofür ich dem Geistlichen Zehen Thaler besonders aussetze, zur Erde bestatten lassen.

2.

So viel mein, nach erfolgtem Ableben, hinterlassenes sämmtliches Vermögen betrift; so will ich, nach vorgängiger reifer Ueberlegung, Kraft dieses,

1) Die von meinem verstorbenen Sohne, Lorenz Freyberg, weiland Bürgers und Sattlers zu Maienfeld, hinterlassene vier Söhne, namentlich:

George Freybergen,
Gottlob Lorenz Freybergen,
Gottlob August Lorenz Freybergen, und
Gottlob Gottfried Freybergen,

und ferner

2) Die von meiner auch verstorbenenen Tochter, Marthen, weiland Meister Jacob Schmidts, Bürgers und Schneiders, zu N., Eheweibe, geborner Freybergin, hinterlassene beide Töchter, Namens:

Marien Christinen Schmidtin, und
Rosinen Erdmuthen Schmidtin,

allerseits meine Enkel, dazu, als meine wahre Universalerben, auf ehrenvolle Erbeinsetzungsart, benennen und einsetzen, jedoch mit der Verfügung, daß

3.

mein obernannter Enkel George Freyberg, mein zu Tannendorf zwischen Adolph Richtern und Gottlob Naumannen gelegenes Bauerguth, ingleichen das zu Maienfeld, zwischen Gottfried Reichelten und Erasmus Thielen gelegene Anspännerguth und Gastschenke,

(L. S.) George Freyberg, mein letzter Wille.

schenke, mit allen dazu gehörigen Grundstücken, nichts überall davon ausgeschlossen, sowohl mit dem zu jedem Guthe gehörigen und dabey befindlichen Wirthschaftsinventarium, an Vieh, Schif und Geschirre, auch allen andern Zugehörungen, wie ich solche bisher eigenthümlich besessen, genutzet und gebrauchet habe, nach meinem Tode, (dafern ich ihm solche nicht noch bey meinem Leben überlassen sollte,) für

Zweytausend und Fünfhundert Gulden Meißnischer Währung —

als so hoch ich demselben solche hiermit anschlage, haben und erhalten soll; es sollen auch die obernannten Miterben schlechterdings schuldig und verbunden seyn, ihm sothane Güther, sammt dem Wirthschaftsinventarium dafür, ohne den geringsten Widerspruch, käuflich zu überlassen, und dafür ein mehreres von demselben nicht zu fordern.

Dagegen sollen

4.

diese zweytausend und Fünfhundert Gülden Mßnl — Kaufgelder für die vermachten Güther und Grundstücken, nebst Inventarien, von dem Annehmer und Käufer, George Freybergen, folgendergestalt, als:

Eintausend Gülden Meißnl. —

ein Jahr nach meinem Tode und seinem Antritt der Erbschaft. Die übrigen

Eintausend und Fünfhundert Gülden Meißnl. — aber in den nächsten darauf folgenden vier Jahren, und zwar alljährlich mit 375 Mßnl. bezahlet und abgetragen werden: jedoch ist der Annehmer obige 2500 Fl. vom Dreißigsten Tage, nach meinem Ableben, bis zur völligen Auszahlung derselben, landüblich, mit Fünf vom Hundert, zu verzinsen verbunden.

Dafer-

(L.S) George Freyberg, mein letzter Wille.

Daferne aber

5.

dieser mein Enkel, George Freyberg, entweder noch vor mir, dem Großvater und Erbverordner, oder aber in seiner Minderjährigkeit, oder auch ohne Leibeserben versterben sollte, so soll sodann dessen nächstfolgender Bruder, Gottlob Lorenz Freyberg, die Güther nebst den Inventarien, ebenfalls für die gesetzten 2500 Mfl. — erb- und eigenthümlich, und unter obigen Bedingungen erhalten.

Und wann auch

6.

nach Gottes weiser Fürsehung es geschehen sollte, daß dieser Gottlob Lorenz Freyberg sodann ebenfalls entweder vor mir, oder in seiner Minderjährigkeit, oder ohne Leibeserben, mit Tode abgienge, so soll nach ihm der dritte Enkel, Gottlob August Lorenz Freyberg, und auf gleichen Fall nach diesem endlich der vierte, Gottlob Gottfried Freyberg sothane Güther für den nämlichen gesetzten Werth, von 2500 Mfl. — und unter obiger Zahlungsbedingung erben und haben.

Im übrigen aber sollen

7.

meine obernannte Sechs Enkel und eingesetzte Testamentserben, sothane Kaufgelder sowohl, als meinen übrigen sämmtlichen Nachlaß, an Baarschaft, ausenstehenden Schulden, oder wie er sonst Namen haben mag, durchgehends zu Sechs gleichen Theilen, erben, haben und behalten, und solchergestalt nicht an die Stelle ihrer verstorbenen Aeltern treten; wie denn die Erbfolge nicht nach den Stämmen, sondern schlechterdings nach den Köpfen, geschehen soll: daher

(L.S.) George Freyberg, mein letzter Wille.

her meine ernannte Sechs Erben meinen sämmtlichen Nachlaß, worunter auch die 2500 Rf. — Kaufgelder für die Güther mit begriffen sind, in Sechs gleiche Theile unter sich vertheilen sollen.

Dafern auch

8.

einer oder mehrere von meinen zum Erben eingesetzten Sechs Enkeln, wie sie obbenannt, vor mir versterben sollten, so soll des, oder deren Verstorbenen Antheile, zu gleichen Theilen auf die übrigen noch Lebenden fallen, dergestalt, daß nichts destoweniger die bey meinem Absterben annoch vorhandene Erben solche durchgehends nach den Köpfen zu gleichen Theilen erben und sich darin vertheilen sollen.

Im Fall aber

9.

von diesen meinen zum Erben eingesetzten Enkeln einer oder der andere, nach meinem Tode, in seiner Minderjährigkeit versterben sollte, so will ich hiermit, und Kraft dieses, die vier Freybergischen respectiven Söhne und Brüder, und die beiden Schmidtischen Töchter und Schwestern einander dergestalt substituiren, daß, wenn einer oder der andere von den vier Freybergischen Söhnen, noch in seiner Minderjährigkeit verstürbe, die Mutter Regine, nunmehr anderweit verehelichte Sonnenbergin, zu N... im Fall sie noch am Leben, oder auch die Großältern mütterlicher Seits, Samuel Furtheim, und dessen Eheweib, zu Weidenberg, dafern sie noch im Leben, von des verstorbenen ererbten und erhaltenen Vermögen weiter nichts, als nur den Pflichttheil erben, das übrige aber auf die andern noch lebenden Freybergischen Söhne und Brüder zu gleichen Theilen fallen soll.

Dage-

(L.S.) George Freyberg, mein letzter Wille.

Dagegen soll,

10.

wenn eine von den beiden Schmidtischen Töchtern, in ihrer Minderjährigkeit verstirbet, deren Vater, Meister Jakob Schmidt, dafern er noch lebet, von dem von mir erhaltenen und ererbten Vermögen, ebenfalls nur den Pflichttheil erben und erhalten, das übrige aber soll auf deren überlebende andere Schwester fallen. Wie denn auch überhaupt der Vater der obernannten Schmidtischen Töchter, Mstr. Jakob Schmidt, den ihm als Vaeer zukommenden Nießbrauch von seiner Kinder Vermögen nur vom Pflichttheil ziehen, das übrige aber, was meine beiden Enkel, Marie Christine, und Rosine Erdmuthe, die Geschwister Schmidtin, außer und über den Pflichttheil von mir erben und bekommen, zu deren eigenen Nutzen und Vortheil bewirthschaftet, und lediglich zu Vermehrung ihres eigenen Vermögens angewendet werden soll.

Wie nun

11.

dieses mein ernster Wille ist, ich mich auch zu meinen Enkeln und eingesetzten Erben ohnfehlbar versehe, daß sie mit dieser meiner großväterlichen testamentlichen Verordnung in allen wohl zufrieden seyn, solche auch auf das genaueste und treulich befolgen und darwider im geringsten nicht handeln, auch darüber unter sich keinen Streit erheben werden; wie ich denn denselben zugleich, in Hofnung, daß sie von dem, von mir ihnen überlassenen Vermögen, den weisesten und besten Gebrauch machen werden, meinen großväterlichen Seegen wünsche: So verordne ich doch auf den unverhofften Entstehungsfall hier mit ausdrücklich,

12.

(L. S.) George Freyberg, mein letzter Wille.

12.

daß, dafern ein oder der andere von meinen obernannten eingesetzten Erben, diese meine Erbverordnung zu befolgen anstehen, darwider handeln, oder gar darüber einen Rechtsstreit erregen und veranlassen würde, der oder diejenigen, zur Strafe bis auf den Pflichttheil gesetzet und enterbet seyn, und auf solchen Fall von meinem hinterlassenen Vermögen ein mehreres nicht, als den Pflichttheil erhalten sollen; das übrige aber, was sie außerdem erhalten haben würden, soll den übrigen friedlichen Miterben, sämmtlich zu gleichen Theilen, an ihrem Erbtheil zuwachsen.

Endlich und

13.

lege ich meinen obgenannten Erben hiermit die Verbindlichkeit auf, nachfolgende Vermächtnisse, als:

Dreißig Thaler — — in Churfürstl. Sächs. Münzsorten,

dem hiesigen Wundarzt, Herrn Johann Friedrich Meyern, weil er in meiner Krankheit mir sehr viele Dienste geleistet, als ein ihm zugedachtes Vermächtniß, Vier Wochen nach meinen Tode:

Zwanzig Thaler — — in gleichmäßigen Münzsorten

dem Allmosenstock allhier, welche unter die hiesigen Armen, nach Verhältniß und Bedürfniß zu vertheilen sind, Sechs Wochen nach meinem Absterben, aus dem gemeinschaftlichen Erbe zu bezahlen.

Daferne auch endlich

14.

diese meine testamentliche Erbverordnung und sogenannter letzter Wille, als ein feyerliches Testament nicht

(L. S.) George Freyberg, mein letzter Wille.

nicht bestehen sollte; so will und verordne ich hiermit, daß sie doch als eine briefliche testamentliche Verordnung, (gemeiner letzter Wille) (Codicill), als älterliche Verordnung, oder Erbvertheilung zwischen Kindern, als eine anvertraute Erbschaft, Schenkung auf den Todesfall, oder als eine andere minder feyerliche Testamentsverordnung gelten und bestehen, auch darüber nach meinem Tode in allen Puncten fest und stracklich gehalten, und darwider auf keinen Fall gehandelt werden solle. Wie nun ich bey Fertigung dieses Testaments, entfernt von Zwang und listiger Ueberredung, mit reiflicher Ueberlegung zu Werke gegangen bin, so habe ich solches auch, nachdem es in gegenwärtige Form gebracht, und von mir eigenhändig geschrieben worden, nach erfolgter genauer Durchlesung eigenhändig, wie auch auf allen Blättern, unterschrieben und besiegelt. So geschehen zu Asträenstadt, am 20. Jun. 1787.

(L. S.) George Freyberg,
mein letzter Wille.

Testament eines Adelichen.

Ich Endes Unterschriebener setze hiermit 1) meine sämmtlichen Kinder, namentlich: 1. Ernestine Cunigunde, verehlichte von Carlsberg, 2. Wilhelmine Augusta, verehlichte von Hausdorf, 3. Caroline Johanna, verehlichte von Bünau, 4. Amalie Louise, 5. Maria Dorothea, 6. Henriette Agnes, 7. Christian Rudolph, 8. George Ernst, 9. Friedrich Wilhelm, allerseits Geschwister von Carlsberg, zu meinen Erben ein.

Jedoch soviel 2) meine hier benannten sämmtlichen Töchter, sodann meine beiden älteren Söhne, Christian Rudolph und George Ernst betrift, so habe ich eines Theils nach dem unter dem Teutschen

Adel, auch hiesiger Lande, hergebrachtem löblichen Gebrauche die billige Absicht, daß meine vier Güther, Schönfeld, Eytritsch, Golis und Lindenau, dem Mannsstamme zum Besten unzertheilt beysammen erhalten werden. Und wie andern Theils meine nurgedachten beiden ältern Söhne durch ungeziemende Heyrathen, so sie wider meinen und meiner seligen Gemahlin Willen eingegangen, mir und ihr vielen Verdruß verursachet; So setze ich sowohl einen jeden dieser beiden Söhne, als eine jede meiner obigen vier Töchter nur zu achttausend Reichsthalern zu Erben ein, so daß vorgedachte meine vier Güther und alles übrige, so ich hinterlassen werde, nur mein jüngster Sohn Friedrich Wilhelm erben, dagegen aber seine sämmtlichen Geschwister, so fern solche ihren Antheil nicht schon bey meinem Leben erhalten, zu ihrem angesetzten Erbtheile abfinden, auch alle übrige Erbschafts-Lasten, als Begräbniß-Kosten, Schulden u. d. g., alleine tragen soll.

Insonderheit will ich 3), daß mein ältester Sohn, Christian Rudolph, den Golißer Zehenden zu seinem Antheile haben soll, und zwar zu 2000 Rthlrn. angeschlagen, ob er schon ein mehreres am wahren Werthe ertragen möchte. Die übrigen 6000 Rthlr. soll ihm mein Sohn Friedrich Wilhelm an Capitalien oder baarem Gelde ausantworten.

4) Mein zweyter Sohn, George Ernst, soll sich mit denen 8000 Rthlrn. so ihm bereits in seiner Eheberedung verschrieben sind, und bisher jährlich mit 400 Rthlr. von mir verzinset worden, begnügen. Jedoch sollen diejenigen 500 Rthlr., welche er dem Kaufmann Barthel zu Merseburg schuldig ist, und die ich jährlich Terminsweise mit 100 Rthlr. zu bezahlen übernommen, noch außerdem bezahlt werden, ohne ihm dafür an seinem Erbtheil etwas abzurechnen.

5) Mei-

5) Meine beiden ältesten verheiratheten Töchter, die von Carlsberg und von Hausdorf, sollen sich mit denen besage ihrer Ehestiftungen von mir erhaltenen 5000 Rthlr. Brautschatzgeldern, und 3000 Rthlr. zur Aussteuer, als ihrer bereits empfangenen Erbportion begnügen. Wie dann eben dieses auch von meiner dritten Tochter, der von Bünau, gilt, nur mit dem Unterschiede, daß deren Brautschatz noch bey mir zur Verzinsung stehet, und daß ich deren Aussteuer eben im Begriff bin nach ihrem Gefallen an Mobilien anzuschaffen, und, was übrig bleibt, mit baarem Gelde zu ergänzen.

6) Meinen noch unverheyratheten drey Töchtern soll mein Sohn Friedrich Wilhelm ebenfalls 5000 Rthlr. zum Brautschatz und 3000 Rthlr. zur Aussteuer, also 8000 Rthlr. als einer jeden Erbtheil bezahlen, oder bis solches geschiehet, mit 5 Procent jährlich verzinsen. Wovon jedoch in Ansehung meiner Tochter Maria Dorothea die zu Erlangung der Genovesischen Präbende für sie angewandte 1500 Rthl. abgehen.

Hiernächst wäre ich 7) zwar wohl berechtiget das Guth Fleißig, als welches von mir und in meinem Namen anerkauft worden, mit zu meiner Verlassenschaft zu rechnen, und unter obiger meiner Verordnung mit zu begreifen. Dieweil aber zu Erkaufung dieses Guthes die von meiner seeligen Gemahlin mir zugebrachten 12000 Rthlr. mit verwandt worden; so will solches als ganz mütterlich ansehen, und in sothanem Guthe Fleißig sammt allem, was dazu gehört, meine gesammten neun Kinder zu gleichen Theilen gehen lassen.

Und wie ich 8) solchergestalt die Versicherung geben kann, daß meiner Kinder keines in seinem Pflichttheile verkürzt seyn wird, als welcher nach ge-

nauer Berechnung noch weit weniger als 8000 Rthlr. für jedes betragen dürfte; so hoffe, daß sich ein jedes meiner Kinder diese meine Verordnung werde gefallen lassen. Im widrigen Falle setze ich ein jedes von meinen Kindern, das meine gegenwärtige Verordnung auf irgend einige Weise ansicht, hiermit ausdrücklich nur zu seinem alsdann aufs genaueste zu berechnenden Pflichttheile ein; mit der fernern Verordnung, daß in solchem Falle auch alles in meinem Leben bereits empfangene, von dessen Collation ich sonst einen jeden hiermit befreye, von demjenigen der meinen letzten Willen ansicht, soll conferiret werden.

Schließlich vermache ich 9) meinen beiden Pathen, Wilhelm von Carlsberg, und Ernst von Hausdorf, jedem 1000 Rthlr. Capital.

Und falls sich 10) nach diesem meinem Testamente noch etwas von meiner Hand gezeichnet finden sollte, worin ich noch ein weiteres verordnen dürfte; soll solches so gut, als ob es von Wort zu Wort hier eingerückt wäre, gelten.

Sollte auch 11) dieser mein letzter Wille etwa nicht in Form eines zierlichen Testaments zu Recht bestehen können; so will ich doch, daß es als eine väterliche Verordnung unter Kindern, oder als ein Codicill, Fideicommiß, Schenkung auf den Todesfall, oder wie er sonst am besten gelten mag, in seiner Kraft bleiben soll.

Urkundlich habe ich dieses eigenhändig unterschrieben, und mit meinem Petschaft bekräftiget, sodann gerichtlich bey hiesigem Königlichen Amte übergeben.

So geschehen zu Lindenau den 9. August 1790.

(L. S.)

Friedrich Christian von Carlsberg.

Formu-

Formular eines errichteten Familienfideicommisses.

Zu wissen, nachdem ich N. in meinem unterm 4ten Juli vorigen Jahres errichteten, und bey hochpreißlicher Landesregierung zu N. niedergelegten Testament §. 3. mir ausdrücklich vorbehalten, über mein besitzendes Ritterguth Z. eine fideicommissarische Disposition zu errichten, auch zugleich verordnet, daß der Innhalt dieser reservirten Disposition von gleicher Verbindlichkeit, Kraft und Würkung seyn sollte, als ob selbige erwähntem meinem Testament wörtlich eingeschaltet wäre; als will ich durch gegenwärtige Schrift sothanen Vorbehalt in Erfüllung setzen, und über vorbenanntes mein besitzendes Ritterguth Z. per modum fideicommissi perpetui in vorausgesetzter höchster Landes- und Lehnsherrlicher Bestätigung, welche ich bereits zu unterthänigster Danknehmigkeit erhalten, (welche ich entweder noch bey meinem Leben auswirken werde, oder welche meine Erben nach meinem Tode unterthänigst suchen sollen), folgendergestalt disponiren.

I.

Angabe der Sachen, welche den Gegenstand des Fideicommisses ausmachen sollen.

Ich bestimme in dieser Absicht den Gegenstand dieses zu errichtenden Fideicommisses dergestalt, daß 1) mein vorbenanntes Ritterguth Z. nebst allen Zubehörungen, wie ich solches am 13. Aug. 1759 öffentlich erstanden, und zugeschlagen erhalten, mit Inschluß des dabey befindlichen Wirthschafts-Inventarium, wie solches in der Anlage sub ⊙ von mir selbst verzeichnet sich findet, ingleichen 2) die vorhandene Bibliothek, wie solche nach dem mit angebogenen Catalogus sub ☽ dermassen stehet und liegt, und auf die in der Folge bestimmte Maaße von Zeit

zu Zeit vermehrt wird, 3) das Haus-Inventarium an Silberwerk u. s. w. wie solches in dem ebenmäßigen Verzeichniß nach Zahl, Gewicht, Beschaffenheit und sonst sub ☿ beschrieben, den Gegenstand des Fideicommisses ausmache, bey der Familie unabänderlich erhalten, nie von einander abgesondert oder veräußert, sondern auf die nachher bestimmte Weise von einem Fideicommiß-Erben auf den andern übergetragen werde.

2.

Successions-Ordnung.

Anlangend die fideicommissarische Successions-Ordnung, so soll mein ältester Sohn Johann August sothanes Fideicommiß wie es im §. 1. beschrieben, zuerst als der erste Fideicommiß-Erbe erhalten, und so lange von selbigem männliche Descendenz vorhanden, es nach Art eines Majorats bey dessen Linie verbleiben, jedoch in der Maaße, daß nicht nur ihm, sondern auch einem jeden nachfolgenden Innhaber des Fideicommisses frey bleibet, unter mehrern Söhnen, oder wenn keine männlichen Verwandten in absteigender Linie verhanden, unter den übrigen männlichen Verwandten aus der Linie, bey welcher der Besitz des Fideicommisses ist, einen zum Nachfolger im Fideicommiß zu erwählen, und dazu, es sey durch einen feyerlichen letzten Willen, oder auch nur durch jede andere Willenserklärung, dafern es nur hierunter nicht an Beweiß ermangelt, zu erklären, jedoch dergestalt und also, daß einem solchergestalt bestimmten Nachfolger keine mehrere Verbindlichkeiten, als nach dem folgenden jeder Fideicommiß-Erbe zu leisten hat, auferlegt werden dürfen. Verstürbe aber mein ältester Sohn, oder jeder nachfolgender Fideicommiß-Besitzer, ohne unter mehrern Söhnen einem das Fideicommiß nachgelaßner Maaßen beschieden

zu

zu haben, so soll allemal der älteste Sohn, oder in Ermangelung eigener Descendenz der nächste männliche Verwandte des letzten Besitzers aus der Linie Johann Augusts vorgehen.

Nach Abgang des Mannsstammes von meinem ältesten Sohn, soll die männliche Nachkommenschaft meines zweyten Sohnes Ludwig Alexander eintreten, so daß der älteste von selbiger der erste Besitzer, und es nun in Ansehung der fernern Successionsfolge völlig so wie bey der erstgebohrnen Linie gehalten wird.

Nach Abgang des Mannsstammes auch von der Nachkommenschaft dieses meines zweyten Sohnes, treten die weiblichen Descendenten von beiden Linien nach dem Vorzug des Grades dergestalt ein, daß diejenige, oder diejenigen, welche mir als dem Stifter am nächsten in der Abstammung die übrigen ausschließen.

Mit diesem Eintritt des weiblichen Stammes in die Succession in dieses Fideicommiß, erlöscht sodann dieses fideicommissum perpetuum, und es tritt sodann die ordentliche Lehns-Succession nach der dem Gute anklebenden Weiberlehns-Qualität ein, in Ansehung aber dessen, was unter dem Fideicommiß außer den Lehnschaften begriffen, erhält die Acquirentin, oder wenn deren mehrere wegen Gleichheit des Grades den letzten männlichen Fideicommiß-Besitzer beerben, jede derselben die volle Dispositionsfreyheit, und das ius transmittendi in heredes quoscunque.

3.
Verwaltung und Benutzung.

In Ansehung der Verwaltung und Benutzung des Fideicommiß-Gutes, und was dazu geschlagen, treten überhaupt, und in soferne im nächstfolgenden nicht ein anderes verordnet, die rechtlichen Grundsätze vom vlufructu und quasiusufructu

ein, und es hat daher insonderheit der jedesmalige Innhaber auf die Erhaltung des Guths, Behauptung der Gerechtsame, Ergänzung des Abganges am Inventarium und Anschaffung neuer Mobilien, an die Stelle der consumirten zu sehen, es wird aber hierbey noch insonderheit folgendes festgesetzt:

1) Soll der von mir angelegte Garten nach dem vorhandenen Riß vollends in Stand gebracht, und erhalten, auch deswegen ein gelernter Gärtner jederzeit angestellt und salarirt werden. u. s. w.

4.
Abentrichtungen.

Von den Einkünften dieses Guths hat der jedesmalige Innhaber, außer den sonst darauf liegenden Lasten, und dem nothwendig erforderlichen wirthschaftlichen Aufwand folgende Abentrichtungen, welche ich hiermit bestimme, zu leisten, als:

1) Einhundert Thaler hat selbiger jährlich an die Universität zu L. zu bezahlen, damit davon zwey armen Studirenden, welche der Fideicommiß-Inhaber zu ernennen und zu assigniren hat, jedem 50 Thl. als ein Stipendium verabreicht werde.

2) Eben so viel hat derselbe jedes Jahr zu Vermehrung der Bibliothek anzuwenden, so daß zuvörderst die angefangene Werke fortgesetzt, das überbleibende aber zu neuen Büchern, insonderheit aus der Oekonomie, Naturgeschichte, Mathesi und Physik verwendet werde u. s. f.

5.
Veräußerung und Verpfändung, ingleichen Verlust des Besitzes.

Da es sich von selbst versteht, daß diese zu einem beständigen Familien-Fideicommiß bestimmte Sachen nicht veräußert, oder mit Hypotheken beschweret werden dürfen, so wiederhole ich dieses Verbot

bot anhero auf das kräftigste, und ordne hiermit, daß derjenige Fideicommißbesitzer, welcher eine Verpfändung, oder wohl gar eine Veräußerung, wenn es auch nur zum kleinsten Theil wäre, vorgenommen, seines Rechts sofort verlustig sey, und das Fideicommiß auf den nächsten männlichen Erben übergehe, und dafern selbiger nicht volljährig, einstweilen auf dessen Rechnung durch einen ihm zu bestellenden Normund administrirt werde, bis er die Mündigkeit erlangt. Träte der Fall eines beträchtlichen Wetterschadens, Brand, Krieg, oder andere dergleichen Unglücksfälle ein, so darf dennoch der Fideicommißbesitzer zur Verpfändung oder Veräußerung nicht schreiten, jedoch bleibt ihm in solchem Fall nachgelassen, daferne der erlittene Schaden über 500 Thl. ansteigt, solches bey der Regierung zu N. zu melden, welche hiermit geziemend ersucht wird, solchenfalls den Schaden würdern zu lassen, und in die Erborgung einer so hohen Summe als der taxirte Verlust, die Summe von 500 Thl. übersteigt, jedoch in der Art zu willigen, daß nächst den Zinsen jedes Jahr 200 Thl. am Hauptstamme wieder abgetragen, und diese Schuld auch nach erfolgtem Ableben des Erborgers auf die Nachfolger im Fideicommiß ohne die Erben des Erborgers deshalb in Anspruch zu nehmen, übergehe.

Gleichwie ich daher die Festhaltung dieser Puncte meinen Nachkommen hiermit zur heiligen und unverletzlichen Pflicht mache; also ernenne ich zugleich die Regierung zu N. hiermit zum Executor dieser Verordnung mit der geziemenden Bitte, darüber festiglich zu halten, und keine Abweichung, wenn es auch mit Einwilligung der sämmtlichen Interessenten geschähe, zu gestatten. Urkundlich —

Formular des Ansuchens um Abgeordnete des Gerichts zu Aufnahme eines Testaments.

Geschehen N. den 9 August 1790.

Heute zeigte N. bey mir an, wie er vom Herrn Cammer-Junker J. C. v. N. welcher gefährlich krank sey, den Auftrag erhalten, mich zu ersuchen, daß eine Gerichtsdeputation sogleich zu ihm geschickt werden möchte, um seinen letzten Willen niederzuschreiben.

Resolution.

Es wird den Herren Gerichtsbeysitzern und Senatoren N. und N., desgleichen dem Gerichtsschreiber N. hiermit aufgetragen, sich bey dessen schweren Krankheit sogleich zu gedachtem Herrn Cammer-Junker J. C. v. N. zu begeben, seinen letzten Willen zu protocolliren, und bey nächster Gerichtssession zu überliefern. Geschehen und beschlossen wie oben

N.

Stadtrichter.

Formular des Protocolls, welches in der Wohnung des Erblassers gehalten worden.

Geschehen N. in des Herrn Cammer-Junkers J. C. v. N. Wohnung, den 9 August 1790, Vormittags um 9 Uhr.

Nachdem uns Endesbemeldeten mittelst beyliegender Resolution aufgetragen worden, des Herrn Cammer-Junkers J. C. von N. letzten Willen in seiner Wohnung aufzunehmen, und sodann ins Gericht abzugeben; so haben wir diesem Auftrage gemäß zu der angeführten Stunde uns zu gedachtem Herrn J. C. v. N. in seine Wohnung begeben, denselben bey unsrer Ankunft zwar schwach und krank, jedoch bey gutem Verstande auf dem Canape sitzend angetroffen. Als wir ihm hiernächst sein Verlangen, welches er durch N. melden lassen, und den uns geschehenen

schehenen Auftrag eröfnet, erklärte derselbe auf Befragen, daß er den N. abgeschickt, das Gericht um eine Deputation zu Aufnehmung seines Testaments zu bitten; worauf er denn ferner zu vernehmen gab, sein freyer und wohl überlegter letzter Wille bestehe in folgenden:

Er J. C. v. N. wolle zuvörderst

1.

seine Seele, wenn sie dereinst von seinem Körper sich getrennt haben werde, den Händen seines Erlösers befehlen, indem er ganz gewiß hoffe, daß er sie der Glückseligkeit jenes bessern Lebens theilhaftig machen werde. In Ansehung der Beerdigung seines Körpers verordne er

2.

außer der seinen Kindern deswegen bereits mündlich gegebnen Anweisung hiermit nochmals, daß solcher nach Z. abgeführet, und in sein daselbst befindliches Familienbegräbniß, mit den in hiesiger Gegend gewöhnlichen Feyerlichkeiten beygesetzt, ihm auch eine Standrede gehalten werden solle. Was aber

3.

sein sämmtliches nach seinem Tode hinterlassenes bewegliches und unbewegliches Vermögen, an Güthern, Grundstücken, baarem Gelde, aussenstehenden Schulden, Kostbarkeiten, Rechten und Gerechtigkeiten, und worin es sonst bestehen möchte, betreffe, dazu wolle er

1) seinen einzigen Sohn, Hrn. C. F. v. N. Königl. u. s. f. und
2) seiner verstorbenen Tochter, Frauen A. W. verehlicht gewesenen Fr. v. B. hinterlassene zwey Kinder C. A. und M. W. v. B.

und zwar letztere nach den Stämmen, als seine Universalerben, auf ehrenvolle Erbeinsetzungsart (titulo institu-

institutionis honorabili) hiermit benennen und einsetzen, jedoch mit der ausdrücklichen Bestimmung, daß

4.

sein Sohn, Herr C. F. v. N. seine ganze Bibliothek, alle seine Kostbarkeiten, an goldenen mit Edelgesteinen besetzten Ringen, goldenen Uhren, alles Silbergeschirr, Fahrniß und Hausgeräthe, an Kleidungsstücken, Wäsche, Federbetten, Tisch- und Bettzeug, Spiegeln, Wanduhren, Tapeten und Gemählden, Commoden, Schränken, Tischen und Stühlen, ingleichen seine fünf Kutschpferde, sammt dazu gehörigen Geschirr, auch allen Kutschen und andern Wägen, als ein ihm zugedachtes Vermächtniß, von der ganzen Erbschaft zum voraus haben solle.

5.

Vermache er seinem einzigen Sohne, Herrn geheimen Kriegsrath J. C. v. N. als ein Vorausvermächtniß, sein von dem Kaufmann Hrn. N. N. erkauftes, im Amte S. gelegenes Ritterguth B. mit allem Zubehör, an Wohn- und Wirthschafts- auch andern Gebäuden, Lust- und Obstgärten, Feldern, Aeckern, Wiesen, Teichen, Fischereyen, Gebüschen, Wäldern, Holzungen und Jagdbezirken, nebst dem sämmtlichen Viehbestande, Hauswirthschafts- und andern Ackergeräthschaften, auch Getraidevorräthen, Erbgerichtsbarkeit, Patronatrechte, Lehen, Frohnen, Erbzinsen, Rechten und Gerechtigkeiten, so wie er dieses alles bisher besessen und genutzt habe; dergestalt, daß derselbe nach seinem als Erblassers Tode, sich desselben sofort anmassen, selbiges gebrauchen und nutzen, und damit als wahrer Eigenthümer nach eigenem Gefallen schalten könne. Ferner und

6. wolle

6.

wolle er sein, zu N. zwischen N. und N. Häusern gelegnes, die Braugerechtigkeit habendes Wohnhaus, bestehend aus einem Vorder- und Hinterhause, Hofe, Schuppen und Pferdeställen, auch darin befindlichen Kaufmannsgewölben und Niederlagen, nebst allen in den Zimmern befindlichen Gemählden, Tapeten, Spiegeln, Schränken, Commoden, Kisten, Coffern, Tischen, Stühlen und allen übrigen Geräthschaften, auch allem, was darin Erd-, Band-, Wand-, Schrauben-, Niet- und Nagelfeste ist, sammt allen Rechten und Gerechtigkeiten, auch Nutz und Beschwerungen, so wie er solches bisher eigenthümlich selbst besessen, seinem Sohn, mehrgedachten Herrn geheimen Kriegsrath von N. für den Preiß von zwölftausend Thaler zutheilen, und erb- und eigenthümlich überlassen, so daß derselbe seinen Miterben C. A. und M. W. v. B. die Hälfte davon, an sechstausend Rthrn. — — in Conventions $\frac{1}{3}$ Stücken, 8 Wochen nach seinem, des Erblassers Tode, auszuzahlen verbunden seyn solle. Ueberdieses und

7.

wolle er das zu N. gelegene, und als sein wahres Eigenthum zeither im Besitz gehabte Eisenhammerwerk, bestehend in der Schmelzhütte und dem Hammerwerke, Treibzeuge, Handwerks- und andern Geräthschaften, sammt dazu gehörenden Wohn- und Wirthschaftsgebäuden, nebst den vorhandenen fertigen Eisenwaaren und Vorräthen, allenthalben nichts davon ausgenommen, mit allen Rechten und Gerechtigkeiten, auch Nutzungen und Beschwerden, so wie er als Eigenthümer solches selbst bisher benutzt und gebraucht, oder doch nutzen und gebrauchen können, seinem Sohne, mehrgedachtem Herrn C. F. v.

N. zu

N. zu dem wahren und eigentlichen Werthspreise von zehntausend Rthlr. — — zutheilen, auch erb- und eigenthümlich überlassen, jedoch mit der Verordnung, daß er die Hälfte dieses angegebnen wahren Werthes, und also fünftausend Thlr. in Conventionsgelde, seinen Miterben C. A. und M. W. v. B. acht Wochen nach seinem, des Herrn Erblassers erfolgten Absterben, baar auszahle. Ferner verordne er

8.

daß sein mehrgenannter Sohn, der Herr geheime Kriegsrath von N. das in der Kirche zu N. ihm zugehörende Betstübchen, und das darunter befindliche Erbbegräbniß, als ein Vorausvermächtniß, erb- und eigenthümlich haben solle. Jedoch gestehe er zugleich seinem Schwiegersohne, Hr. v. B. so wie dessen Söhnen, C. A. und M. W. als eingesetzten Miterben, das Recht hiermit ausdrücklich zu, sich des Betstübchens sowohl als des Erbbegräbnisses für ihre Person mit zu bedienen. Im Fall

9.

er, der Testator, auch bey seinem Leben, seinem Sohne oder Enkeln, entweder von seinem Vermögen, oder von den, von seiner verstorbenen Ehegenoßin, F. W. F. geb. v. K. ihm angefallenen Erb- und Geradestücken, Kostbarkeiten, Wäsche und Kleidern, u. s. f. noch etwas zuwenden, schenken, und darüber kein schriftliches Bekenntniß von ihnen verlangen sollte; so solle ihnen doch solches bey der künftigen Erbschaftsvertheilung nicht angerechnet werden, sondern er wolle das, was er seinen Kindern und Erben auf diese Art geschenkt habe, hiermit im voraus vermachen. Doch nehme er dasjenige, was er seinen Kindern an baarem Gelde, auf ihre Obligation, vorschußweise ausgezahlt habe, oder künftig

auszahlen

auszahlen würde, hiervon ausdrücklich aus, als welche Summen sie bey künftiger Erbtheilung an ihrem Erbantheile sich kürzen, und statt baarem Gelde anrechnen zu lassen, verbunden sind. Weiter wolle er

10.

nicht nur seinem Sohne, dem Herrn geheimen Kriegsrath von N. alle, die auf ihn in Rücksicht seines Studirens auf Schulen und der Universität, seine Reisen und Ausrichtung seiner Vermählung verwendete Kosten, sondern auch seiner verstorbenen Tochter, Fr. N. N. vermählt gewesene Frau v. N. alle in Betreff ihrer Verheyrathung und Ausstattung, oder sonst verwendete Kosten, im Fall sie auch in seinen Rechnungsbüchern aufgezeichnet seyn sollten, hiermit ausdrücklich schenken und erlassen; daher seine Erben auch bey künftiger Erbvertheilung deswegen gegen einander nicht die mindesten Ansprüche machen sollten, weil er bey dieser seiner testamentlichen Verordnung, um eine völlige Gleichheit in der Zutheilung seines Vermögens allenthalben zu beobachten, sich ausserdem besonders angelegen seyn lassen. Insonderheit aber wolle er

11.

diejenigen dreyßigtausend Thlr., welche er seiner verstorbenen Tochter, Fr. N. N. verehelicht gewesenen Fr. v. N. bey ihrer Verheyrathung, zum Brautschatze gegeben, und ihrem Eheherrn, dem Königl. geheimen Finanzrath N. N. v. N. besage seiner Rechnungsbücher, und der von letztern, diesfalls unterm 1 August 1786 ausgestellten Quittung, baar bezahlt habe, von der Einwerfung in die gemeine Erbschaft hiermit ausnehmen, und ihr solche zum voraus schenken. Dabey verordne er

12. daß

12.

daß sein sämmtlicher übriger Nachlaß, er bestehe nun außer der oben bereits erfolgten Zutheilung, worin er immer wolle, unter seine Kinder und obbenannte Erben, und zwar, weil seiner verstorbenen Tochter hinterlassene beyde Kinder ihn nach den Stämmen beerben sollen, in zwey gleiche Theile, vertheilt werde, die Erbvertheilung selbst aber nach Ablauf des dreyßigsten Tages nach seinem Tode, unter ihnen vorgenommen werden möge. Wie nun aber

13.

der Bestand seines sämmtlichen hinterlassenen Vermögens, welches theils in unbeweglichen Güthern und Grundstücken, theils in baarem Gelde und ausgeliehenen Capitalien, die vorzüglich bey dem H. v. N. und Hrn. v. N. und auch sonst, auf Zinsen ausgethan stehen, nicht nur aus den vorhandenen brieflichen Urkunden, gerichtlichen Schuld- und Unterpfandsverschreibungen sich sofort zu Tage lege, sondern auch aus seinem eigenhändig geschriebnen Geheimbuche, unter der Aufschrift: Manual über mein sämmtliches Vermögen, vom Jahr 1770, worin er zugleich jährlich den Gewinn mit dem etwanigen Verlust verglichen, und den Vermögensbestand ausgeworfen habe, vorzüglich ersichtlich sey, berührtes Manual und Geheimbuch auch einzig und allein als die Grundlage der künftigen Erbvertheilung angenommen werden solle: So verbiete er dagegen auch alle gerichtliche oder aussergerichtliche Versiegelung und Aufzeichnung seines Nachlasses, die Errichtung eines förmlichen Erbverlassenschaftsverzeichnisses, und die Ausantwortung einer eydlich zu bestärkenden Specification, aus bewegenden Ursachen hiermit ernstlich, indem er solche seinem Sohne, Kraft dieses ausdrücklich erlasse, in der gewissen Ueberzeugung, daß bey

dieser

dieser Erbschaftsvertheilung keinem seiner Erben ein Unrecht geschehen, sie auch über Verkürzung ihres Erbtheils sich zu beklagen keine Ursache haben werden. Uebrigens wolle er

14.

seine sämmtlichen Briefschaften, Bücher, Urkunden und Nachrichten, insonderheit seine Manuale, Cassa- und Geheimebücher, seinem Sohn, ostermeldetem Herrn geheimen Kriegsrath von N. hiermit zum Voraus vermachen und allein überlassen; jedoch solle er solche seinen Miterben, weil sich die Theilung der Erbschaft auf letztere hauptsächlich gründe, so oft es die Nothwendigkeit erfordere, zu ihrem Einsehen und Nachricht jederzeit unweigerlich vorlegen. Hiernächst verordne er

15.

daß seine Eingangsernannte Erben nachfolgende Vermächtnisse, als:

Zweytausend Reichsthaler — — in Conventionsmünze,

der Erziehungsanstalt für arme Kinder zu L. acht Wochen nach seinem, des Erblassers Tode;

Tausend Thaler — —

der Armencasse zu L. immassen die Vorsteher derselben, mit Zuziehung des Beichtvaters des Herrn Erblassers, Herrn M. Sch. zu L. berührtes Vermächtniß unter die Armen zu vertheilen haben, acht Wochen nach seinem, des Erblassers Absterben;

Tausend Thaler — — in vollwichtigen Louisd'or,

Hrn. D. St. seinem Freunde und bisherigen Gerichtsverwalter, zur Dankbarkeit für seine gewissenhafte Verwaltung der Justiz, vier Wochen nach seinem, des Testators Tode;

Siebenhundert Thaler — — in vollwichtigen Friedrichsd'or

seinem Arzte, Hrn. D. K. zu L. zur Erkenntlichkeit der bey seinen Krankheiten gehabten vielen Bemühungen, vier Wochen nach seinem, des Erblassers Tode;

Fünfhundert Thaler — — in Conventionsmünze

seinem bisherigen Oeconomieverwalter, J. C. N. wegen seiner treuen Dienste, vier Wochen nach seinem Tode;

Vierhundert Thaler — — in gleichen Münzsorten,

seinem Bedienten F. G. N. vier Wochen nach seinem des Erblassers Tode, aus dem gemeinen Erbe unweigerlich auszahlen sollen. Im Fall auch

16.

unter seinen Briefschaften oder sonstigem Beschluß, sich eine anderweitige testamentliche Erbverordnung, Schenkung auf den Todesfall, Codicill, oder wie sie sonst Namen haben möchte, vorfinden sollte, so wolle er solche hiermit für nichtig und ungültig erklären. Endlich und zum

17.

habe er zu seinem obgenannten Hrn. Sohne und Enkeln, nicht nur im Voraus das gute Vertrauen, sondern er ermahne sie auch noch väterlich, einander jederzeit die aufrichtigste Liebe und Freundschaft zu beweisen, auch von dem ihnen hinterlassenen Vermögen, für sich, die Ihrigen, und ihre Nebenmenschen, den weisesten und besten Gebrauch zu machen, insonderheit durch christliche Wohlthätigkeit, wodurch zeitliches Vermögen am längsten bey einer Familie erhalten werden kann, und andere gute Handlungen, seinen

nen und ihren Namen auf die Nachwelt rühmlich fortzupflanzen. Wie er nun hiernächst

18.

von seinen eingesetzten Erben es gewiß erwarte, daß sie dieser seiner Verordnung pünctlich nachkommen, und seinen letzten Willen in allem getreu erfüllen, auch damit überall zufrieden seyn werden; so verordne er doch zugleich auf den unerwarteten Entstehungsfall hiermit ausdrücklich, daß derjenige, welcher selbst oder durch andere, diese seine testamentliche Verordnung pünctlich zu erfüllen Anstand nehmen, oder gar darüber einen Rechtsstreit erheben, und sich beklagen würde, er, der Testator, sey durch Schmeicheley, Zwang oder Drohungen, absichtlich übereilt, unwiderstehlich genöthigt, und zu dieser Erbverordnung schlechterdings gezwungen, er aber dadurch an seinem Erbtheile verkürzt worden: weiter nichts als den Pflichttheil bekommen, und seines übrigen ihm ausgesetzten Erbantheils verlustig seyn solle. Auf diesen unerwarteten Fall bescheide er zugleich dem oder denjenigen friedlichen Erben, das auf solche Art erledigte Erbtheil, in welcher Absicht er den oder dieselben im Voraus hierzu als Erben, auf ehrenvolle Erbeinsetzungsart benenne und einsetze, doch mit der ausdrücklichen Erklärung, daß alsdenn noch tausend Thaler in Louisd'or, an die obengenannte Erziehungsanstalt zu L. als ein Vermächtniß ausgezahlt werde. Daferne aber

19.

diese seine testamentliche Erbverordnung als ein wahres Testament zu Recht nicht bestehen könnte, so wolle und verordne er hiermit, daß solche als eine minder feyerliche letzte Willensverordnung, Schenkung auf den Todesfall, elterliche Verordnung und Theilung zwischen Kindern, als ein Codicill, oder wie solches

sonst am kräftigsten geschehen könne, bestehen und gelten solle; womit endlich der Herr Testator seinen letzten Willen beschlossen.

Nach vorgelesenem und genehmigtem Protocoll hat er selbiges eigenhändig unterschrieben, und gebeten, diesen seinen letzten Willen zu den gerichtlichen Acten zu legen, nach seinem erfolgten Ableben zu eröfnen, und obrigkeitlich darüber zu halten. Geschehen wie oben.

Zur Beglaubigung.

N. N. N. N.

Ein anderes Formular eines Testaments, welches der Testator gerichtlich niederschreiben lassen.

In Gegenwart des Herrn Justitzamtmanns N. und Gerichtsbeysitzer N. N.

Geschehen N. in der Wohnung des Ackermanns N. N. den 5 Nov. 1779. Vormittags um 10 Uhr.

Demnach der Ackermann N. N. durch seinen Knecht bitten lassen, daß man sich Gerichtswegen zu ihm verfügen möchte, weil er ein Testament zu machen willens wäre, wegen seiner Krankheit aber nicht im Gerichte erscheinen könnte: so hat man sich zu oben bemeldeter Zeit zu demselben verfüget, und ihn zwar sehr schwach und krank, jedoch noch bey gutem Verstande angetroffen. Wie nun derselbe auf Befragen declarirt, daß er seinem Knechte N. N. befohlen, daß er das Churfürstl. Amt ersuchen solle, daß man sich zu Aufnahme seines letzten Willens zu ihm verfügen möchte: so gab derselbe zu vernehmen, daß sein freyer, ungezwungener und wohlbedächtlicher Wille, wie es nach seinem erfolgten Ableben mit dem Seinigen gehalten werden solle, in folgendem bestehe:

Erstlich vermache er zur hiesigen Armencasse 25 Rthlr. — — in Conventionsmünze.

Zweytens

Zweytens legire er der hiesigen Kirche Behuf des neuen vorzunehmenden Baues 50 Rthlr.

Drittens vermache er seiner lieben Ehefrau Anne Elisabeth, geb. Rosten, 300 Rthlr., schreibe dreyhundert Rthlr. in Golde.

Viertens setze er seine lieben Kinder, namentlich:

1) Susanne Margarethe, verehlichte Baumanns;
2) Friederique Wilhelmine, verehlichte Spormanns;
3) Christian Friedrich;

hiermit zu den wahren Erben seiner gänzlichen Verlassenschaft ein.

Fünftens, da nur gedachter sein Sohn Christian Friedrich, ihm jederzeit treulich in seinem Hauswesen und Ackerbau beygestanden, und sonderlich das Seinige in den letzten Jahren, da er schwach und kränklich gewesen, erhalten; so sey sein Wille, daß derselbe seinen Ackerhof sammt allem dazu gehörigen, nicht weniger alles Schif und Geschirr sammt den Pferden, Kühen, Schweinen und allem auf dem Hofe befindlichen Viehe, imgleichen alle in den Scheuren und auf dem Boden vorräthige Früchte und alles Stroh, Heu und Futter um und für 800 Rthlr., schreibe achthundert Rthlr. in Golde, erb- und eigenthümlich haben solle, und solle er diese Summe dergestalt bezahlen, daß er vier Wochen nach seinem Absterben 150 Rthlr., schreibe einhundert und funfzig Rthlr., als eine Angabe zahlen solle, welche unter seine drey Kinder zu gleichen Theilen getheilet werden sollten, dergestalt, daß sein Sohn, Christian Friedrich, seinen Antheil mit davon erhielte. Das übrige solle er auf Tagezeiten jährlich mit 50 Rthlr. bezahlen, wovon seine älteste Tochter, Susanne Margarethe, die erste; die zweyte Tochter,

Friederique Wilhelmine, die zweyte haben solle; die dritte aber solle sein Sohn, Christian Friedrich, für sich zurückbehalten, und so lange mit Zahlung dieser Tagezeiten fortfahren, bis die festgesetzte Summe getilget wäre.

Sechstens, da seine vorbenannte beyde Töchter bey ihrer Verheyrathung ihre Ausstattung erhalten hätten: so wolle er dieselbe zu Verhütung alles Streits auf 50 Rthlr., schreibe funfzig Rthlr. festsetzen, dergestalt, daß einer jeden so viel dafür gekürzet werden, seinem Sohne Christian Friedrich aber so viel dafür zu Gute gehen solle.

Nachdem nun dem Testator dieses alles nochmals deutlich vorgelesen, hat er es in allen genehmigt, ist dabey geblieben, daß dieses sein wahrer und wohlbedächtlicher Wille sey, und hat gebeten, nach seinem selig erfolgten Ableben obrigkeitlich darüber zu halten.

In fidem: N.

Formular eines wechselseitigen Testaments unter Eheleuten.

Hiermit urkunde ich N. N. und ich N. N. dessen Ehegenoßin, beyde sämmtlich und insbesondere, daß wir beyderseits in Betrachtung der Ungewißheit des Todes uns der Schuldigkeit erinnert, mit unserm zeitlichen Vermögen behörige Verfügung zu treffen, wie es nach eines oder beyder Theile Absterben gehalten werden soll. Wir ordnen daher bey gutem Verstande und ungezwungen in bester Form Rechtens, folgendes:

Was an erweißlichen Schulden nach eines oder des andern Theils Absterben vorhanden ist, zahlet der überlebende, und überdieses in das Hospital zum heiligen Geist 100 Rthlr., in das Wayfenhaus allhier 100 Rthlr., und in das Lazareth auch 100 Rthlr.,

einmal

einmal für allemal. Und weil uns Gott mit zwey noch lebenden Kindern während unsers Ehestandes gesegnet, und ich N. solchergestalt, aus zweyen Ehen, nämlich aus der ersten eine Tochter N. und einen Sohn N. annoch am Leben habe; folglich auf meine Ehegenoßin kein Kindestheil, wenn ich vor ihr versterben sollte, fallen kann, also will ich ihr wegen der mir erwiesenen Liebe und Treue, außer ihrem zugebrachten Guth, welches sie zurück erhält, und dem halben Theil der Errungenschaft, von dem Meinigen einen gleichen Kindestheil vermachen, und sie mit und nebst meinen Kindern erster und anderer Ehe, so viel deren seyn mögen, zu meinem wahren Haupterben Kraft dieses ernennen, und einsetzen, in Hofnung, daß sie mir fernerhin mit zärtlicher Liebe begegnen werde. Ich ordne hiernächst, daß mein Sohn N. mein Haus in der N. Gasse um den Preiß, als ich es vormals erkauft habe, bekommen, und der meiner Ehegenoßin, von mir vermachte Kindestheil nach ihrem seligen Absterben, auf meine mit derselben erzielte Kinder zurück fallen, sie hingegen diesen Lebenslang demohngeachtet frey und ungehindert besitzen und nutzen solle, und zwar ohne Versicherung, und zusetzendem Vorstand wegen des Rückfalles.

Meine Tochter erster Ehe N. anlangend, und deren väterliches Erbtheil, so will und befehle ich hiermit, daß ihr blos von meinem Nachlaß der Pflichttheil zufallen, das Uebrige aber ihren Kindern, bis diese zu mündigen Jahren und Ehren kommen, aufbehalten, treulich verwaltet, und zu der bestimmten Zeit einem jeden sein Antheil verabfolget, einstweilen aber deren Mutter hiervon, so lange sie die Kinder bey sich behält, und in die Schule gehen und zu nützlichen Kenntnissen anführen läßt, der Nießbrauch zugestanden seyn soll.

Hierzu füge auch noch diese Erläuterung, daß diese meine Tochter N. die vor kurzem in den Gerichten zu N. von meinen eigenthümlichen Geldern, erhobene 200 Rthlr., denn 100 Rthlr. Capital, welche sie mir als eine Personalpost nach dem eingegangenen Urthel schuldig ist; jedoch beydes ohne Zinsen; nicht weniger den bisher unbezahlten Hauszinns von meinem Hause auf der N. Gasse, sämmtlich nach meinem Tode in die gemeine Erbschaftsmasse einzuwerfen, oder dieses alles von dem ihr zustehenden Pflichttheil sich abkürzen zu lassen, verbunden seyn soll, in Betracht sie ein weit mehreres schon zum Voraus hat, welches ihr aber ausdrücklich erlassen wird.

Sollte nun aber der Todesfall sich eher auf Seiten meiner, der N. nach dem Willen Gottes äußern, so setze ich meinen lieben Ehemann Kraft dieses, aus schuldiger Liebe, jedoch frey und ohne Zwang, nebst unsern gemeinschaftlich erzeugten Kindern zu meinen wahren Erben, in alle dem Meinigen ein, es bestehe und heiße, wie es immer wolle, ohne alle Ausnahme unter der Hofnung dessen fernerer ehelichen Fürsorge und Liebe.

Vorstehendes alles erkennen wir beyde Eheleute für unsern letzten Willen mit dem Vorbehalt, denselben nach Gefallen, auch so lange beyde am Leben, einseitig zu ändern, zu mindern, zu vermehren, Zertel von unserer Hand demselben beyzufügen, zu vernichten, und von neuem zu errichten, oder gar keinen zu hinterlassen, so es uns gefällig ist, und so lange wir leben.

Zu Executoren und Aufsehern dieser letzten Willensverordnung ernennen wir N. N. mit Bitte, darüber fest und in allen Puncten zu halten, und die Uebertreter nach den Rechten zu ihrer Obliegenheit

zwingen,

zwingen, auch die, welche dagegen rechtliche Klage erheben sollten, mit Einziehung ihres Antheils, über den Pflichttheil bestrafen zu lassen, für welche Bemühung und Sorgfalt wir ihm 100 Rthlr. aussetzen.

Zu Urkund dessen haben wir beyde testirende Eheleute sothane unsere letzte Willensverordnung eigenhändig unterschrieben und besiegelt. Auch Endesbenannte sieben Zeugen ersuchet, ein gleiches zu thun, welche denn willigst und gerne ihre Namen unterschrieben, und dabey ihre Pettschaft beygedruckt haben. So geschehen u. s. f.

Ein anderes Formular eines reciprocirlichen Testaments unter Ehegatten.

Ich N. N. und ich N. N. dessen Ehegenoßin, urkunden und bekennen hiermit: nachdem wir zeither in einer allgemeinen Güthergemeinschaft gelebt, bis jetzt aber keine Kinder am Leben haben, so sind wir entschlossen, bey Gott Lob vollkommnem Verstande und aus freyem Willen, eine wechselseitige letzte Willensverordnung zu errichten. Wir verordnen daher, daß der überlebende Theil den andern, standesmäßig beerdigen lassen, hierauf aber vier Wochen nach dem Tode, 150 Rthlr. an die hiesige Armenschule, 100 Rthlr. in das Waysenhaus, und 50 Rthlr. unter die Hausarmen, in Conventionsmünze, als ein Vermächtniß auszahlen soll. Geschiehet es nun, daß ich N. N. vor meiner lieben Ehegattin J. C. geb. N. mit Tode abgehen sollte, so setze ich 200 Rthlr. meinem Freunde Hrn. N. N., 300 Rthlr. an N. N. als ein Vermächtniß aus, welche acht Wochen nach meinem Tode in Louisd'or bezahlt werden; alles mein übriges Vermögen aber, nichts davon ausgenommen, soll gedachte meine liebe Ehegattin bekommen, als welche ich hiermit zu meiner Universalerbin ernenne und einsetze.

Würde aber ich N. N. vor meinem lieben Ehegatten N. N. versterben, so setze ich auf diesen Fall meiner Pathe J. C. F. 100 Rthlr., und meiner guten Freundin 200 Rthlr. als ein Vermächtniß aus, welches acht Wochen nach meinem Tode in Conventionsmünze zu bezahlen ist. Alles mein übriges Vermögen, es bestehe worin es wolle, soll mein lieber Ehegatte, zur Erinnerung an unsern glücklichen Ehestand bekommen, als welchen ich hiermit zu meinem Universalerben einsetze und ernenne. Dessen zu Urkund haben wir beyde Ehegatten dieses unser wechselseitiges Testament eigenhändig unterschrieben und besiegelt. So geschehen N. —

Formular eines gerichtlich erklärten letzten Willens unter Eheleuten.

Geschehen N. den —

Es erklärten N. N. und N. N. Bürger und Eheleute allhier, daß sie entschlossen wären, da sie keine Kinder hätten, eine Verordnung in Ansehung ihres Vermögens zu errichten. Sie wollten zu dem Ende hiermit festsetzen, daß der überlebende Theil den andern gänzlich, und ohne alle Ausnahme beerben, und von dem Vermögen des andern Theils eher nichts an dessen nächste Anverwandte herausgeben solle, als bis derselbe ebenfalls verstorben seyn würde. Da nun also der überlebende Theil den Genuß des ganzen Vermögens, wenn er nicht wieder heyrathe, Zeitlebens habe; so solle nach dessen Tode erst, das sämmtliche Vermögen in zwey gleiche Theile getheilt, und ein Theil davon an die nächsten Verwandten des N. N., und die andere Hälfte ebenfalls an die nächsten Blutsfreunde der N. N., als in welcher Rücksicht nach der Intestaterbfolge verfahren werden soll, erblich fallen. Würde aber der eine oder der andere Theil, nach dem Tode des zuerst verstorbenen wieder heyrathen;

heyrathen; so solle alsdenn der wiederverheyrathete schuldig und verbunden seyn, das Vermögen mit den nächsten Anverwandten des Verstorbenen zur Hälfte, gerichtlich zu theilen. Dessen zu Urkund ist diese letzte Willensverordnung dem Amtsprotocoll einverleibt, in beweisender Form Rechtens ausgefertigt, und von den gegenwärtigen Gerichtspersonen sowohl, als von den beyden Eheleuten, eigenhändig unterschrieben worden, nachdem man ihnen solche nochmals vorgelesen, sie solche bestätigt, und darüber angelobet haben.

Geschehen wie oben.

Formular einer Testamentsurkunde über ein vor Notarius und Zeugen mündlich ausgesprochenes Testament zwischen Eltern und Kindern, mit der pupillarischen Aftereinsetzung, fideicommissarischen Verordnung, auch Voraus- und andern Vermächtnissen.

Im Namen Gottes!

Ich, N. N. aus Römisch Kaiserlicher Macht bestellter öffentlicher, und von Sr. Churfürstl. Durchlaucht zu Sachsen hoher Landesregierung zu Dresden, auch von E. E. und hochweisen Rath der Stadt Leipzig in die Notariatsmatrikel verzeichneter Notar, urkunde hiermit, daß im Jahr Christi, Eintausend Siebenhundert Achtzig und vier, in der ersten Römer Zinszahl, latein, Judictio genannt, unter der ruhmwürdigsten Regierung des Allerdurchlauchtigsten Großmächtigsten und Unüberwindlichsten Fürsten und Herrn, Herrn Joseph des Zweyten, von Gottes Gnaden erwählten Römischen Kaisers, zu allen Zeiten Mehrern des Reichs, ꝛc. ꝛc. (der völlige Kaiserliche Titel wird hier ganz angeführt.)

Meines

Meines allergnädigsten Herrn, Sr. Römisch Kaiserl. Majestät Regierung im Neunzehnten, Montag nach dem Sontag Estomihi, am Drey und Zwanzigsten des Monats Februar, Vormittags, um 10 Uhr, Hr. Julius Dornfels, Kauf- und Handelsherr allhier zu Leipzig, mich, den unterzeichneten Notar, zu Errichtung einer testamentlichen Erbverordnung, zu sich in sein, auf der N. Straße gelegenes Haus, geziemend erfordern lassen, und, als hierauf der Ersuchung zu Folge ich mich sofort zu ihm in das Eine Treppe hoch, zur rechten Hand gelegene, mit drey Fenstern gegen die Straße hinaus versehene Wohnzimmer verfügt, derselbe mir in einem Lehnstuhl sitzend, zwar krank und schwach, jedoch, wie aus der mit ihm über die vorzunehmende Testamentshandlung gepflogenen Unterredung, deutlich abzunehmen war, bey vollkommenen Verstandes- und Seelenkräften, in Gegenwart der zu dieser letzten Willensverordnung ausdrücklich erbetenen Sieben Zeugen, namentlich:

Hrn. Friedrich Rosenbuschen, Kauf- und Handelsherrn von hier, und
Hrn. August Friedrich Sprengeln, Kauf- und Handelsherrn von hier, ingleichen
Hrn. N. N. ꝛc.

eröfnet:

Er sey jetzt entschlossen, da sein Tod in kurzer Zeit ohnfehlbar erfolgen würde, seine letzte Willensverordnung vor mir und den gegenwärtigen Herren Zeugen aufzurichten, er wolle uns daher sammt und sonders nochmals erbitten, Zeugen dieses seines mündlich vorzutragenden Testaments zu seyn, mich, den Notarius aber, geziemend ersuchen, solches pflichtmäßig zu verzeichnen, und die ganze Handlung durch eine öffentliche Urkunde zu beglaubigen.

Nach-

Nachdem hierauf ich, der unterzeichnete Notarius, zu Erfüllung des Gesuchs, die obermeldeten Herren Zeugen zu dieser Testamentshandlung überhaupt, insonderheit aber

Hrn. Friedrich Rosenbuschen, Kauf- und Handelsherrn von hier, ingleichen

Hrn. August Friedrich Sprengeln, ebenfalls Kauf- und Handelsherrn von hier

zu meinen Testamentsurkunden-Zeugen zuvor erbeten hatte: so trug hierauf der Testamentsstifter Eingangsgenannter Hr. Julius Dornfels, seine testamentliche Erbverordnung, in Gegenwart der sämmtlichen Herren Testamentszeugen, ganz frey und ungezwungen, mit deutlichen und vernehmlichen Worten, ununterbrochen auf folgende Art vor:

1.

Er Julius Dornfels,

befehle zuvörderst seine Seele den Händen Gottes, und hoffe, daß Gott sie jener ewigen Glückseeligkeit theilhaftig machen werde, in welcher gewissen Hoffnung er seinen Tod ruhig erwarte. Was hiernächst

2.

seinen dereinst entseelten Körper und dessen Beerdigung betreffe, so wolle er daß solcher in bloße Leinwand geschlagen, ohne alles Gepränge beerdigt, und in sein Erbbegräbniß beygesetzt werde. Dabey wiederhole er seine mündliche Verordnung, wegen der sehr unnützen und vielen Aufwand verursachenden Trauer, welche ganz unterbleiben solle, überzeugt, daß sich seine Kinder und Erben über dieses schädliche Vorurtheil, seiner Fürschrift gemäß, hinaussetzen, und sein Andenken ohne dieß ehren werden. Was aber

3.

3.

sein sämmtliches Vermögen betreffe, es bestehe nun solches in Haus, Hof, Gärten, Silbergeschirr, baarem Gelde, außenstehenden Schulden, Waarenlagern, Mobilien und worin es wolle, allenthalben nichts davon ausgeschlossen, dazu wolle er seine Ehegenossin und Kinder, namentlich:

1. Frau Carolinen Amalien, geb. Rosenbachin,
2. George Friedrichen,
3. Charlotten Sophien, verehl. Wildenfelsin,
4. Karolinen Reginen,
5. Franz Wilhelm, und
6. Karl Augusten,

hiermit allerseits zu seinen wahren Gemeinerben, (Universalerben) auf ehrenvolle Erbeinsetzungsart (titulo institutionis honorabili) benennen und einsetzen, dergestalt, daß sie seinen sämmtlichen Nachlaß in Sechs gleiche Theile theilen, und jeder Erbe einen Theil davon bekommen solle. Hiernächst verordne Er

4.

daß seine obernannte Ehegattin, Frau Carolina Amalia,

Zweytausend Thaler — — in vollwichtigen Louisd'or, das Stück zu 5 Rthlr. — — gerechnet,

als ein ihr zugedachtes Vermächtniß, von der ganzen Erbschaft voraus, nehmen und erhalten solle.

5.

Seinem ältesten Sohne, George Friedrichen aber, vermache er sein auf der N. Straße hier gelegenes Haus, sammt den darinn befindlichen Mobilien, an Tapeten, Spiegeln, Schränken, Commoden und Stühlen, als ein ihm zugedachtes Vermächtniß,

wofür

wofür derselbe den übrigen Erben jedoch nichts herauszugeben verbunden seyn soll. Dagegen und

6.

solle sein nur ernannter Sohn, George Friedrich, die Handlung nach seinem Tode, mit seinem dermaligen Handlungsgesellschafter, Hrn. N. N. gemeinschaftlich, bis zu der im Gesellschaftsvertrage festgesetzten Zeit, fortführen, den aus derselben gezogenen Gewinn jährlich berechnen, und zur Theilung bringen, und nach Befinden wieder anlegen, wie denn überhaupt der Handlungsgesellschaftsvertrag die Grundlage bey künftiger Theilung, in Ansehung der übrigen Erben, hierbey abgeben solle. Und da er

7.

bey seinem vielleicht bald zu erfolgenden Tode seine drey Kinder, Karolinen Reginen, Franz Wilhelmen und Karl Augusten, in ihrer Minderjährigkeit ohnfehlbar verlassen würde; so wolle er ihnen insgesammt seine obernannte Ehegattin und ihre Mutter zur Vormünderin, seinen Bruder, den hiesigen Kaufmann, Emil Dornfelsen aber, zum Mitvormunde hiermit ausdrücklich benennen.

8.

Dafern aber von diesen seinen nur genannten drey unmündigen Kindern eins, oder mehrere vor ihrem vierzehnten Jahre versterben sollten, so wolle er sie auf solchem Fall hiermit ihres Erbschaftsantheils halber einander unterordnen (substituiren); stürben sie aber wider Verhoffen, alle in ihrer Minderjährigkeit, so solle sein Bruder, der Doctor Franz Dornfels allhier, die Erbschaft des letztverstorbenen ganz, und ohne daß solche auf ihre Mutter zurückfalle, erhalten. Ferner und

9.

9.

solle seine Ehegenossin, Frau Karoline Amalie, so lange sie den Wittwenstand nicht verändert, den Nießbrauch von dem Vermögen dieser drey unmündigen Kinder bis zu ihrer Volljährigkeit haben; jedoch aber dafür ihre standesmäßige Erziehung bewürken. Endlich

10.

bitte er seinen Sohn, George Friedrich, daß er, dafern er ohne eheliche Leibeserben versterben sollte, das ihm oben unter Num. 5. vermachte Hauß und Zugehörungen, an seines, des Testamentsstifters Bruder, des Kaufmanns Emil Dornfels allhier, Kinder, Ernst und August Dornfelsen, als eine anvertrauete Erbschaft und Vermächtniß nach seinem Tode überlasse. Weiter und

11.

sollten seine obermeldete drey unmündige Kinder, Karoline Regine, Franz Wilhelm und Karl August, in Betracht ihrer zu beschaffenden Erziehung und Unterhalts, und da seiner ältesten Kinder Erziehung viel mehr gekostet, einer zu treffenden Gleichheit halber, das auf der N. Straße gelegene Wohnhaus, als ein Vermächtniß, zum Voraus haben, wovon deren Mutter und Vormünderin ebenfalls den Nießbrauch bis zu ihrer erlangten Volljährigkeit, ziehen solle. Hiernächst

12.

lege er seinem ältesten Sohn, George Friedrich hiermit die Verbindlichkeit auf,

Eintausend Thaler —— in Churfürstl. Sächs. Münzsorten,

als ein Vermächtniß an seine Schwester Frau Concordia verw. Schmalfußin zu N. Vier Wochen nach seinem des Erblassers Tode auszuzahlen.

13.

13.

Seine Tochter, Charlotte Sophie, verehl. Wildenfelsin allhier, solle

Zweyhundert Thaler — — ꝛc.

als ein Vermächtniß seinem Pathen, dem jungen Reinhardt des hiesigen Schneidermeisters ältestem Sohne, unter der Bedingung auszahlen, wenn er die Universität wirklich beziehen, und die Rechte studiren werde. Ebendieselbe solle

14.

seinem Vetter, Christian Neuberten,

Einhundert Thaler — — in vollwichtigen Louisd'or, das Stück zu 5 Rthlr.

als ein Vermächtniß auf den Fall auszahlen, wenn er die Reise nach Wetzlar, zu Berichtigung der N. N. Großväterlichen Erbschaftsangelegenheit, wirklich unternehmen, und seine Ansprüche darauf zugleich mit beybringen werde. Endlich und

15.

verordne er, daß seine Tochter, Karoline Regine, auf den Fall, wenn sie wider die väterliche Warnung, dennoch diejenige Person heyrathen werde, wovor er sie öfters gewarnet habe, weil er diese Verbindung als ihr Unglück im voraus ansehe;

Fünfhundert Thaler — — ꝛc.

als ein Vermächtniß, von ihrem Erbtheile an das Armenhauß zu N. auszahlen solle. Ferner und

16.

wolle er alle diejenigen Vermächtnisse, welche er in einer vormaligen gemeinen letzten Willensverordnung, (Codicill) ausgesetzt und bestimmt habe, hiermit aufheben, jenes Codicill aber als unkräftig widerrufen. Im Fall aber

17.

eines oder das andere von seinen Kindern und Erben, diese seine feyerliche testamentliche Erbverordnung aus irgend einem Grunde anzufechten sich erkühnen würden; so solle der oder diejenigen, Kraft dieses bis auf den Pflichttheil enterbt seyn, die dadurch ihnen entnommenen Erbschaftsantheile aber den übrigen friedlichen Erben, als wozu er sie zugleich auf ehrenvolle Einsetzungsart benenne und einsetze, zu Theil werden. Zuletzt und

18.

wolle er, daß, dafern diese seine testamentliche Erbverordnung als ein feyerliches Testament, zu Recht nicht bestehen sollte, solche doch als ein gemeiner letzter Wille, (Codicill) als eine anvertraute Erbschaft, (Fideicommiß) Schenkung auf den Todesfall, oder als eine andere minder feyerliche Erbverordnung bestehen und gelten solle; womit der Erbverordner seinen letzten Willen beschlossen.

Wann nun von mir, dem unterzeichneten Notarius, vorstehende testamentliche Erbverordnung, ihrem ganzen Inhalte nach, und so wie sie der Testater, in Gegenwart der obernannten Herren Zeugen, in einer ununterbrochenen Handlung mündlich vorgetragen, genau verzeichnet worden, der Erblasser auch nach beschehener deutlicher Vorlesung dabey unverändert verblieben, und daß dieß sein letzter Wille sey, durch seine eigenhändige Unterschrift und Siegel bekräftiget, die Herren Zeugen auch den Testamentsstifter gesehen, und diese seine letzte Willensverordnung von ihm mit angehört zu haben, durch ihre eigenhändige Unterschrift und Siegel bekannt; die ganze Testamentshandlung übrigens aber ununterbrochen beendigt worden: Als habe ich gegenwärtige Testamentsurkunde, welche mit der Notariatsverzeichnung,

nung, (Protocoll) nach erfolgter genauer Vergleichung vollkommen übereinstimmend von mir befunden worden, pflichtmäßig hierüber verfasset, und zu dessen allen mehrerer Beglaubigung solcher das mir verliehene Notariatsiegel und mein Handpetschaft aufgedruckt, auch mit meiner eigenhändigen Unterschrift, nicht minder mit der Herren Zeugen eigenhändigen Unterschrift und Siegel vollzogen, bekräftiget, und pflichtmäßig darüber ausgefertiget.

So geschehen zu Leipzig, im Jahr Christi, Römer Zinszahl, Kaiserlichem Regierungsjahre, Monat, Tag, Stunde und Ort, wie oben.

(L. S. notar.) N. N. verpflichteter kaiserlicher öffentlicher, und zu dieser Testamentshandlung gehörig erforderter Notar.

(L. S. priuat.)

(L. S.) Friedrich Rosenbusch, als erbetener Testamentsurkunden Zeuge.

(L. S.) August Friedrich Sprengel, als erbetener Testamentsurkunden Zeuge.

(L. S.) N. N. als erbetener Testamentszeuge.

(L. S.) N. N. als erbetener Testamentszeuge.

(L. S.) N. N. als erbetener Testamentszeuge.

(L. S.) N. N. als erbetener Testamentszeuge.

(L. S.) N. N. als erbetener Testamentszeuge.

Formular eines Notariatsinstruments über ein ausergerichtliches schriftlich errichtetes Testament.

Im Namen Gottes!

Kund und zu wissen sey hiermit jedermänniglich, daß im Jahr nach der heilsamen Menschwerdung und Geburt unsers einigen Erlösers und Seligmachers Jesu Christi, Eintausend Siebenhundert achtzig neun, in der sechsten Römer Zinszahl, lateinisch Indictio genannt, unter der ruhmwürdigsten Regie-

rung des Allerdurchlauchtigsten, Großmächtigsten und Unüberwindlichsten Fürsten und Herrn, Herrn Joseph des Zweyten, von Gottes Gnaden erwählten Römischen Kayfers, zu allen Zeiten Mehrern des Reichs (hier wird der ganze Titel eines jedesmaligen Kaisers eingerückt), meines allergnädigsten Herrn, Sr. Römisch Kaiserl. Majestät Regierung im Vier und Zwanzigsten, Mittwochs nach dem ersten Sonntage nach der Erscheinung Christi, am Vierzehnten des Monaths Januar, Nachmittags um 5 Uhr, Meister N. N. Bürger allhier zu N. mich zu Ende benannten Notarius, nebst den ebenfalls unten nahmhaft gemachten sieben Zeugen, zu sich in das in der Fleischergasse gelegene Haus, in die zwey Treppen hoch befindliche Stube fordern lassen, da er denn auf einem Stuhle sitzend, zwar etwas schwach, aber doch bey guter Vernunft und Verstande, wie solches aus seinem Betragen und mit ihm gehabter Unterredung deutlich zu hören und abzunehmen gewesen, die Erklärung von sich gegeben, daß er den Entschluß gefaßt habe, ein Testament zu errichten, und in solchem, wie er es nach seinem Tode, mit seiner Verlassenschaft gehalten wissen wollte, zu verordnen. Dieses sein Testament und letzte Willensverordnung habe er bereits schriftlich, in der neben sich auf einem Tische liegenden Schrift, welche er uns zusammengebrochen vorzeigte, aufsetzen lassen und darin, wie es mit seinem sämmtlichen Nachlasse nach seinem Tode gehalten werden solle, allenthalben verordnet, solche auch eigenhändig unterschrieben und besiegelt, dabey aber beschlossen, diese seine letzte Willensverordnung, so lange er lebe, nicht bekannt zu machen.

Damit nun dieses sein Testament und letzter Wille, nach Verordnung der Gesetze, mit den gehörigen

hörigen Feyerlichkeiten errichtet und verfaßt werden möge, so habe er mich den Notarius nebst den sieben Zeugen in der Absicht zu sich kommen lassen, daß wir von seiner gegebenen Erklärung Zeugniß ablegen, die sämmtlichen sieben Zeugen das verschlossene Testament auswendig besiegeln und ihre Namen darauf schreiben, ich aber über dieses alles eine öffentliche Urkunde ausstellen möchte.

Und dieweil ich N. N. von Römisch Kaiserlicher Macht und Gewalt öffentlicher geschworner Notarius, bey Errichtung dieses Testaments zugegen gewesen, und daß obgedachter Herr Testator ausdrücklich gesagt, die uns überreichte Schrift sey sein letzter Wille, nicht minder daß er die genannten Zeugen, jeden insbesondere um die Unterschrift seines Testaments ersucht, gehört, und gesehen, daß diese das Testament sämmtlich eigenhändig, einer nach dem andern, ohne diese Handlung durch eine nicht zur Testamentserrichtung gehörige Handlung, zu unterbrechen, unterschrieben und besiegelt, auch ihre Hand und Siegel auf mein Befragen nochmals anerkannt; Als habe ich dieses offene Instrument darüber aufgerichtet, in gegenwärtige Form gebracht, eigenhändig geschrieben, solches mit meinem Protocoll verglichen, auch endlich mit meiner Unterschrift und gewöhnlichem Notariat- auch Handsiegel bekräftiget, allermaaßen ich durch den Erblasser tragenden Notariatsamts halber, darzu absonderlich requiriret und erfordert worden bin. Urkundlich —

Formular der Registratur über die Ueberreichung eines schriftlichen Testaments vor Gericht.

Geschehen N. —

Erscheinet an Gerichtsstelle

Christian Friedrich N. Bürger — —

und erklärt, wie er seinen letzten Willen in der zugleich überreichten Schrift aufsetzen lassen, solche mit seinem eignen Petschaft besiegelt, und mit den Worten überschrieben: hierin mein letzter Wille, N. den 20. May 1790, Christoph Friedrich N. Bürger, — übergeben, und das Gericht gebethen haben wolle, denselben in gerichtliche Verwahrung zu nehmen, und nach seinem erfolgten Tode zu publiciren, auch darüber zu halten.

Nachdem sich nun, da der Erblasser, weil solcher seiner Person nach dem Gericht unbekannt, durch den hiesigen Tischlermeister und Bürger N. N. und Schmidt N. N. welche man zu der Absicht ins Gericht rufen lassen, recognosciret, und von diesen beiden Personen bezeugt worden, daß der Testator ihnen wohl bekannt, und derjenige sey, für welchen er sich ausgegeben, hierbey weiter kein Bedenken gefunden; Als ist das Testament gerichtlich angenommen, und in dem Testamentsschranke verwahrlich beygelegt worden, worüber dem Testator ein gewöhnlicher Empfangsschein ausgefertigt werden soll. Geschehen wie oben — —

Wenn der erschienene Erblasser dem Gericht bekannt ist, heist es in der Registratur; Nachdem man nun, da der Testator dem Gericht genau bekannt, bey seinem Ansuchen kein Bedenken gefunden; Als ist das Testament gerichtlich angenommen, u. s. f.

Sollte der Testamentserrichter selbst nicht schreiben, oder wenigstens nicht geschriebenes lesen können, so muß ihm das überreichte Testament vorgelesen werden; wo sodann die in der Registratur deswegen vorkommende Stelle folgendermaßen abgefaßt zu werden pflegt: Nachdem man nun zuvörderst dem Erblasser, weil selbiger das überreichte Testament nicht lesen konnte, da er Schreibens unerfahren, seinen

über-

überreichten letzten Willen von Wort zu Wort vorgelesen, und da derselbe, daß solcher allerdings sein Wille sey, nochmals erkläret, dem Gesuch nicht entstehen mögen; Als ist das Testament gerichtlich angenommen u. s. f.

Formular eines Notariatsinstruments über eine, vor Notar und Zeugen mündlich vorgetragene gegenseitige letzte Willensverordnung zwischen Ehegatten.

Im Namen Gottes!

Ich, N. N. aus Römisch-Kayserlicher Macht bestellter öffentlicher, und von Sr. Churfürstl. Durchl. zu Sachsen hoher Landesregierung zu Dresden, auch von E. E. und hochweisen Rath der Stadt Leipzig in die Notariatsmatrikel eingeschriebner Notarius, urkunde hiermit, daß im Jahr nach des Herrn Christus Geburt, Eintausend Siebenhundert Achtzig und Neun, in der Sechsten Römer Zinszahl, latein. Indictio genannt, unter der ruhmwürdigsten Regierung des Allerdurchlauchtigsten, Großmächtigsten und unüberwindlichsten Fürsten und Herrn, Herrn Joseph des Zweyten, von Gottes Gnaden erwählten Römischen Kaysers, zu allen Zeiten Mehrern des Reichs (hier folgt der ganze kayserliche Titel).

Meines allergnädigsten Herrn, Sr. Römisch-Kayserlichen Majestät Regierung im vier und zwanzigsten, Montag nach dem Sonntage Invocavit, am Zweyten des Monats März, Vormittags um 10 Uhr, hier zu Leipzig, vor mir dem öffentlichen Notarius, in meiner am neuen Kirchhofe, im R.schen Hause, eine Treppe hoch habenden Wohnung,

Herr August Ludwig Friedberg, Bürger und Landkramer allhier,

ingleichen dessen Ehegenoßin,

Frau Johanne Sophie, geborne Zeisigin,

in Gegenwart der zu gegenwärtiger Testamentshandlung von denselben erbetenen, und vor mir, in Person zugleich erschienenen Zeugen, namentlich:

Herrn N. N. Kauf- und Handelsmanns, und
Hrn. N. Bürgers und Uhrmachers, allhier,
Hrn. N. N. u. s. f. (Hier werden alle sieben Zeugen genannt).

gemeinschaftlich angebracht: Sie beyderseits Ehegatten, wären, nach vorgängiger reiflicher Ueberlegung, entschlossen, eine gegenseitige testamentliche Erbverordnung (testamentum reciprocum) über ihr, nach ihrem Tode zurückgelassenes Vermögen, um allen Streitigkeiten darüber für die Zukunft vorzubeugen, da sie keine Kinder aus ihrer Ehe erzeuget hätten, gegenwärtig unter einander wechselseitig zu errichten, mit der Bitte an mich, daß ich ihre beyderseitige testamentliche Verordnung, die sie jetzt in Beyseyn der Herren Zeugen, frey und ungezwungen vortragen würden, Notariatsamtswegen verzeichnen, und durch eine öffentliche Urkunde beglaubigen möchte.

Nachdem hierauf ich, der Notarius, um diesem Verlangen Notariatamtswegen eine Genüge zu leisten, die vorbenannten anwesenden Sieben Personen, zu Zeugen der vorzutragenden wechselseitigen Testamentshandlung überhaupt, insonderheit aber von diesen

Hrn. N. N. Kauf- und Handelsmann, und
Hrn. N. N. Bürgern und Uhrmachern allhier

zu meinen Testamentsurkunden-Zeugen erbeten hatte: So trug hierauf der Testator, Eingangsernannter Hr. Friedberg, seine testamentliche Erbverordnung, deutlich und vernehmlich, auch frey und ungezwungen, auf folgende Art vor:

1.

Er, der Ehemann,

August Friedrich Friedberg,

wolle zuvörderst seine Seele den Händen seines Schöpfers befehlen, und hoffe dabey zuversichtlich, daß er sie jener verheissenen ewigen Glückseligkeit theilhaftig machen werde.

Was hiernächst

2.

sein nach seinem Tode dereinst verlassenes Vermögen betreffe, es bestehe solches in beweglichen oder unbeweglichen Güthern und Grundstücken, in vorhandenen Kramwaaren, Zitzen, Cattunen, Cardenetten, baumwollenen Zeugen und leinenen Waaren, Kisten und Kasten, Baarschaften, aussenstehenden Schulden, oder worin es sonst wolle, nichts allenthalben davon ausgeschlossen, dazu wolle er seine geliebte Ehefrau,

Johannen Sophien, gebohrne Zeisigin,

als seine alleinige Erbin seiner gesammten Verlassenschaft, auf ehrenvolle Erbeinsetzungsart (titulo institutionis honorabili), hiermit benennen und einsetzen, so, daß sie von diesem seinen sämmtlichen Nachlasse, ausser den nachfolgenden Vermächtnissen, an Niemanden etwas weiter herauszugeben gehalten seyn solle.

Dabey verordne er

3.

daß seine Ehegattin und Erbin,

Fünfhundert Thaler — — in Churfürstl. Sächsis. Münzsorten,

seinem, des Testators leiblichen Bruder, Hrn. J. G. Fr. Bürgern und Seifensiedern zu N. als ein ihm beschiedenes Vermächtniß, vier Wochen nach seinem, des Erblassers Absterben, auszahlen solle;

doch wolle er, daß dem Vermächtnißnehmer diejenigen 200 Rthlr. — — welche letzterer, besage des darüber ausgestellten Schuldbekenntnisses, N. N. vom 12 April 1780. von ihm, dem Erbverordner, erborgt habe, unter Zurückgabe der Obligation, jedoch ohne Zurechnung der etwa rückständigen Zinsen, sogleich bey der Auszahlung gekürzet und zugerechnet werden.

Daferne aber sein obernannter Bruder, J. G. Fr. zu N. noch vor ihm, dem Testamentsstifter, versterben sollte, so solle sodann das ihm ausgesetzte Vermächtniß auf seine, des Erbverordners Ehefrau und Universalerbin, gänzlich zurück und ihr allein zufallen.

Ferner und

4.

bescheide er seiner verstorbenen Schwester, Joh. verehelicht gewesene Richt. zu N. hinterlassenen Tochter, J. C. R. zu N.

Dreyhundert Thaler — — in Conventionsmünze

als ein ihr zugedachtes Vermächtniß, Sechs Wochen nach seinem, des Testators Tode, zahlbar.

Und endlich

5.

Fünf und zwanzig Thaler — — in gleichen Münzsorten,

dem hiesigen Allmosenamte, für bedürftige und nothleidende Hausarme, Sechs Wochen nach seinem, des Erblassers Tode, zahlbar, welche vorberührte Vermächtnisse seine obgenannte Ehegattin und eingesetzte Erbin, den Vermächtnisnehmern unverzöglich auszahlen solle.

Daferne aber endlich

6.

dieser sein letzter Wille, als ein feyerliches Testament nicht bestehen sollte: So wolle er doch, daß solcher als eine minder feyerliche testamentliche Verordnung, oder Codicill, als eine Schenkung auf den Todesfall, oder wie er sonst bey Kräften erhalten werden möge, gelten und bestehen solle; womit derselbe zugleich diese seine testamentliche Verordnung beschlossen, und nach erfolgter deutlicher Vorlesung der hierüber abgefaßten Notariatsverzeichnung unverändert geblieben, auch daß dieses sein letzter Wille sey, in Gegenwart der sämmtlichen Herren Zeugen, nochmals bekannt:

Hierauf und nachdem ich die obermeldten Personen zugleich auch zu Zeugen der, von der Testatorin, Frauen Joh. Soph. verehelichten Friedbergin, geb. Zeisigin, mündlich auszusprechenden testamentlichen Verordnung ausdrücklich erbeten hatte: So eröfnete sie uns ihre testamentliche Verordnung, ohne Zwang und Zunöthigung, folgendergestalt:

I.

Sie, die Erblasserin

Frau Joh. Sophie, verehelichte Friedbergin, gebohre Zeisigin,

wolle zuförderst ihre Seele, wenn sie dereinst von ihrem Körper sich trennen würde, den Händen ihres allmächtigen Gottes und Schöpfers befehlen, und zugleich verordnen, daß ihr entseelter Körper, nach christlichem Gebrauch, doch ohne alles Gepränge, ihrer mündlichen Verordnung gemäß, beerdigt werde.

Was aber

2.

ihren sämmtlichen, nach ihrem Tode zurückgelassenen Vermögensbestand angehe, er bestehe nun in beweglichen

lichen oder unbeweglichen Güthern, baarem Gelde, aussenstehenden Schulden, oder wie er sonst Namen haben könnte, überall nichts davon ausgenommen, dazu wolle sie ihren lieben Ehemann

August Ludwig Friedbergen,

als wahren Universalerben, ihres sämmtlichen Nachlasses, auf ehrenvolle Erbeinsetzungsart (titulo institutionis honorabili) hiermit ernennen und einsetzen.

Jedoch wolle sie

3.

daß ihr nur genannter Ehemann und Erbe, folgende Vermächtnisse, als:

Dreyhundert Thaler — — in vollwichtigen Louisd'or, das Stück zu fünf Thaler gerechnet,

ihres verstorbenen Bruders, Johann Samuel Zeisigs, Bürgers und Gürtlers zu N. hinterlassenem einzigen Sohne,

George Friedrich Zeisigen, Bürgern und Gürtlern zu N.

als ein ihm zugedachtes Vermächtniß, Ein Viertel Jahr, nach ihrem erfolgten Tode, baar auszahlen solle. Dafern aber der Vermächtnißnehmer, ernannter Zeisig, noch vor ihr, der Erbverordnerin, versterben sollte: dann solle berührtes Vermächtniß ihrem obernannten Ehemann und eingesetzten Erben ganz zufallen.

Ferner und

4.

vermache sie ihrer Pathe, Jungfer J. R. Rosenbergin, Mstr. F. Rosenb. Bürgers und Schneiders allhier, ältesten Tochter, ein Vermächtniß von

Einhundert Thaler — — in Churſächsis. Münzsorten,

zu

zu ihrer Ausstattung, und wenn sie sich würklich verheyrathet; auf welchen Fall, und sonst aber nicht, ihr Ehemann und Erbe, solches derselben den Tag nach erfolgter priesterlicher Trauung auszuzahlen verbunden seyn, außerdem es aber an ihren oben benannten Ehemann und Erben, zurück fallen solle. Erfolge aber ihre Verheyrathung noch bey ihrem, der Erbverordnerin Leben, so behalte sie sich vor, ihre Ausstattung selbst nach eigner Willkühr einzurichten, und falle sodann dieses hier gedachte Vermächtniß als ungültig, ganz weg, und auf ihren schon ermeldeten Ehemann zurück.

Endlich und

5.

vermache sie dem hiesigen Allmosenamte, zu Unterstützung hülfsbedürftiger Armen

Zwanzig Thaler — —

vier Wochen nach ihrem Tode zahlbar.

Dafern auch

6.

wider Verhoffen, diese ihre Testamentsverordnung als ein feyerliches Testament, wegen Mangel einiger Förmlichkeiten, zu Recht nicht bestehen sollte, so wolle sie doch, daß solche als ein gemeiner letzter Wille, oder Codicill, Schenkung auf den Todesfall, oder wie es sonst am kräftigsten geschehen möge, gelten und bestehen solle. Womit die Eingangsernannte Erbverordnerin zugleich ihren letzten Willen beschloß, auch daß dieses alles ihr letzter Wille sey, in Gegenwart der unterschriebenen Zeugen, nochmals feyerlich und ausdrücklich erklärte.

Nachdem nun hierauf der Testator, Eingangsermeldeter Hr. Aug. Lud. Friedberg sowohl, als dessen Ehegenoßin, letzternannte Joh. Soph. Friedb. geb. Zeisigin, als Testamentsverordnerin, die über die vor-

vorgetragene gegenseitige testamentliche Verordnung gefertigte Notariatsverzeichnung, nach erfolgter deutlicher Vorlesung, in Gegenwart derer Herren Zeugen, genehmiget, und dabey unverändert verblieben, auch daß dieses ihr gegenseitiges Testament und letzter Wille sey, deutlich sich erklärtet, die gegenwärtigen Herren Zeugen auch die Testamentserrichter selbst geschen, ihre letzte Willensverordnungen mit angehöret, und wohl verstanden zu haben, durch ihre eigenhändige Unterschriften und Siegel bekannt, die Testamentshandlungen selbst aber ununterbrochen, und wie sie auf einander erfolget, pflichtmäßig verzeichnet worden: Als habe ich gegenwärtige, mit der Notariatsverzeichnung genau übereinstimmige Testamentsurkunde darüber verfasset, und zu dessen allem mehrerer Beglaubigung solcher, das mir verliehene Notäriatssiegel und mein Handpettschaft aufgedruckt, und mit meiner eigenhändigen Unterschrift so wie mit der Herren Zeugen eigenhändigen Unterschriften und Siegeln vollzogen, bekräftigt, und pflichtmäßig darüber ausgefertiget.

So geschehen zu Leipzig, im Jahr Christi, Römer Zinszahl, Kayserlichem Regierungsjahre, Monat, Tage, Stunde und Ort, wie oben, u. s. f. (S. 243.).

Formular des Protocolls über ein errichtetes mündliches Testament vor abgeordneten Gerichtspersonen.

Geschehen N. in der Wohnung des Ackermanns N. den 12 August 1790, Nachmittags um 3 Uhr.

Nachdem der Ackermann J. C. N. das hiesige Churf. Amt durch N. ersuchen lassen, einige Amtsgerichtspersonen in seine Wohnung abzuordnen, vor denen er seinen letzten Willen mündlich aussprechen wolle, und wir Endesbenannte zu dem Ende von dem

zur

zur Zeit bestellten Herrn Amtmann N. abgeschickt worden, gedachten letzten Willen aufzunehmen, und demnächst im Gericht zu überliefern; so haben wir sothanem Auftrage zu Folge zu bemeldeter Zeit uns zu gedachtem N. in sein Haus begeben, denselben bey unserer Ankunft zwar schwach und krank, jedoch bey guter Vernunft und Verstande im Bette liegend angetroffen.

Als wir ihm nun unsern Auftrag eröfnet, erklärte er auf Befragen, daß er würklich den N. abgeschickt, hiesiges Churfürstl. Amt um eine Deputation zu Aufnehmung seines Testaments zu bitten, worauf er denn, im Bette sitzend, uns seine letzte Willensverordnung in folgenden Worten vortrug:

Zuförderst

1.

wolle er seine unsterbliche Seele, nach erfolgter Trennung vom Körper, den Händen seines Gottes und Schöpfers befehlen, und hoffe dabey zuversichtlich, daß er sie der Glückseligkeit jenes ewigen Lebens theilhaftig machen werde.

Was hiernächst

2.

sein nach seinem Tode zurückgelassenes Vermögen anbetreffe, es bestehe solches in beweglichen oder unbeweglichen Güthern und Grundstücken, baarem Gelde, aussenstehenden Schulden, Fahrnisse, Viehbestande oder Fruchtvorräthen, Hausrath, Wirthschafts- und Ackergeräthe, oder worin es nur immer wolle, nichts davon ausgenommen, dazu welle er seine liebe Ehefrau

Anne Marie, gebohrne Herbstin,

als die einzige Universalerbin seiner sämmtlichen Verlassenschaft hiermit benennen, und dergestalt einsetzen,

setzen, daß dieselbe nach seinem Tode seinen sämmtlichen Nachlaß erben, haben und bekommen solle.

Doch verordne er zugleich ausdrücklich, daß sie davon

3.

seinen vier Geschwistern, nämlich:

1) George Christoph N. seinem leiblichen Bruder, Nachbarn und Einwohnern zu N.
Vier Acker Feld in der Koppaline an der Elster, neben Paulicks und Schieres Feldern gelegen; ferner
Zweyhundert Thaler in Churfächsis. Münzsorten.

2) Gottfried N. seinem Halbbruder, Gärtner und Nachbar in N.
Zweyhundert Thaler in gleicher Münze, und
Vier Acker Wiese und Holz, an der Dubine, zwischen dem grossen Teiche und den Malschwitzer Wiesen gelegen;

3) Marie Agnes, Christian Heinrichs, Ackermanns und Nachbars in Gleina, Ehefrau, als seiner leiblichen Schwester,
Zweyhundert Thaler, in Churfürstl. Sächsis. Münzsorten, ingleichen
Vier Acker Wiese und Holz, bey Neudörffel, zwischen N. und N. gelegen;

4) Elisabeth Gertraut, seiner Halbschwester,
Zweyhundert Thaler in gleicher Münzsorte, wie auch
Zwey Acker Feld nach Fleißig zu, zwischen N. und N., und
Zwey Acker Wiese und Holz bey Kleinsaubernitz, zwischen N. und N. gelegen;

welche angewiesene Grundstücke und ausgesetzte Geldsummen, er ihnen sämmtlich als ein Vermächtniß zugedacht,

zugedacht, ein Vierteljahr nach seinem Tode, übergeben, und auszahlen solle; und da er bereits bey seinem Leben seinen genannten vier Geschwistern, die er alle gleich aufrichtig geliebet habe, verschiednes geschenkt, so hoffe er, daß sie auch noch hieraus seine Liebe gegen sie erkennen, und das Erhaltene gut anwenden werden.

Ueberdieses und

4.

lege er seiner eingesetzten Erbin auch noch die Verbindlichkeit auf,

seinem Pathen, Christian Friedrich, Georg Noacks, Nachbars und Einwohners allhier, zweytem Sohne,

Hundert Thaler — — in Churſächsis. Münzsorten,

wie auch

Daniel Ludwig, Hans Richters, Leinewebers allhier, drittem Sohne, als seinem lieben Pathgen ebenfalls

Hundert Thaler — — in gleicher Münzsorte,

als ein ihnen zugedachtes Vermächtniß, ein Vierteljahr nach seinem, des Erblassers Tode, auszahlen.

Ferner und

5.

wolle er, daß seine liebe Ehefrau und Erbin,

Hundert Thaler — — in Conventionsmünze

als ein Vermächtniß für die hiesigen Armen, besonders arme Waysen, Sechs Wochen nach seinem Tode auszahlen solle, welches Geld sie aber nach Gutbefinden vertheilen kann, außer diesen ausgesetzten Legaten aber solle seine Erbin, an Niemand etwas weiter herauszugeben, gehalten seyn.

Endlich und

6.

wolle er, daß dafern dieser sein letzter Wille, als ein feyerliches Testament zu Recht nicht bestehen könnte, solcher doch als ein Codicill, anvertraute Erbschaft, Schenkung auf den Todesfall, oder wie er sonst am besten gelten möge, in seiner Kraft bleiben solle.

Nachdem nun der Erblasser seine Testamentsverordnung beschlossen; so ist dieser mündlich ausgesprochene letzte Wille, nach dessen getreuer Aufzeichnung, wörtlichen Vorlesung und Genehmigung des Erblassers, in einen Umschlag gelegt, von uns mit unsern Pettschaften versiegelt, und mir, dem Amtsactuarius, bis zur gerichtlichen Uebergabe zugestellet worden. Geschehen wie oben — —

Formular einer Notariatsverzeichnung, über eine feyerliche, mündlich ausgesprochene, testamentliche Erbverordnung.

Leipzig, den 12 August 1790, Nachmittags um 4 Uhr.

Ließ der hiesige Kauf- und Handelsmann,

Herr Fr. Chr. N.

mich den unterschriebnen öffentlichen Notarius, zu Errichtung einer testamentlichen Erbverordnung, durch seinen Markthelfer, Ch. N. zu sich erfordern, mit der Bitte, die Verhandlung, weil er von einer Krankheit plötzlich befallen worden, sonder Anstand vorzunehmen; welchen Auftrag ich auch sofort annahm.

So nachrichtlich hierüber angemerkt worden.

N. N. verpflichteter kayserlicher öffentlicher Notarius.

An

An demselben Tage
Nachmittags gegen 5 Uhr
Erschien ich, der Erforderung zu Folge, in dem N. schen, auf der N. Straße allhier, gelegenen Hause, und zwar in der eine Treppe hoch zur rechten Hand befindlichen, mit zwey Fenstern auf die Straße hinaus versehenen Wohnstube, wo ich den Hrn. N. N. zwar krank und schwach, jedoch wie aus der mit ihm, über die vorzunehmende Handlung, angestellten Unterredung wahrzunehmen war, bey vollkommenen Verstandes- und Seelenkräften antraf, welcher mir hierauf eröfnete, daß er sein Testament und letzte Willensverordnung, wozu er mich nebst den gegenwärtigen Sieben Zeugen, namentlich
Herrn N. (Hier werden alle Sieben Zeugen genennt.)
rufen lassen, und uns hierzu nochmals ersordere, mündlich aussprechen wolle, mit der Bitte, daß wir solches von ihm anhören, darüber erforderliches Zeugniß geben, ich aber, der Notarius, solches verzeichnen, und die erfolgte Testamentshandlung durch eine öffentliche Urkunde beglaubigen möchte.

Nachdem ich, der Notarius, von den obbenannten Herren Zeugen sofort
Hrn. N. N.
Hrn. N. N.
zu meinen Notariatsurkunden-Zeugen erbeten hatte, sprach hierauf der Erblasser, nur ermeldter
Hr. Fr. Chr. N.
seinen letzten Willen, in Gegenwart der obbeschriebenen Zeugen, deutlich und vernehmlich folgendergestalt aus:

Erstlich wolle er zum Erben seines sämmtlichen beweglichen und unbeweglichen Vermögens, es bestehe in baarem Gelde, aussenstehenden

Schulden, vorhandenen Waaren und Waarenlager, und worin es nur immer wolle, seinen Vetter

Herrn N. N. dermaligen Handlungsdiener in des Hrn. N. Handlung allhier,

hiermit benennen und einsetzen.

Zweytens verordne er, daß sein Erbe Eintausend Thaler an Hrn. N. N. vier Wochen nach seinem, des Testators Tode, in Conventionsmünze, als ein ihm ausgesetztes Vermächtniß auszahlen solle.

Drittens vermache er seines Bruders Sohne, Hrn. N. N. welcher in Göttingen Medicin studiere, zu Fortsetzung seines Studirens Fünfhundert Thaler in Louisd'or, nebst seiner ganzen Bücherssammlung, welche sein Erbe, Acht Wochen nach seinem Tode, demselben auszahlen und übergeben solle; und

Viertens setzte er dem Waysenhause allhier, Vierhundert Thaler, als ein Vermächtniß aus, welches Acht Wochen nach seinem Tode zu bezahlen sey.

Endlich wolle er, daß dafern dieser sein letzter Wille, als ein feyerliches Testament zu Recht nicht bestehen könne, solches doch als ein Codicill, anvertraute Erbschaft und Fideicommiß, oder als eine andere minder feyerliche letzte Willensverordnung gelten solle; womit derselbe zugleich seinen letzten Willen beschloß.

Nachdem nun der Testator, gegenwärtige, über das ausgesprochene Testament verfaßte, Notariatsverzeichnung, nach erfolgter deutlicher Vorlesung überall, und ihrem ganzen Inhalte nach, genehmigt, und dabey unabänderlich verblieben: Als ist solche hierauf von mir, dem unterzeichneten Notar, so wie

von

von dem Erbverordner selbst und den unten benannten Zeugen, eigenhändig unterschrieben und besiegelt worden.

So nachrichtlich verzeichnet, verhandelt, und vorgelesen, wie oben.

N. N. verpflichteter kayserlicher öffentlicher und zu gegenwärtiger Testamentshandlung erbetener Notar.
F. Chr. N. Erblasser,
N. N. als erbetener Testamentsurkunden-Zeuge u. s. f. (S. 243).

§. 2.

Von der Erbfolge nach einem Testament.

So wichtig auch die zeither, im zweyten, dritten und vierten Kapitel erläuterten drey Arten des Sachenrechts, nämlich das Eigenthumsrecht, die Servituten und Hypotheken sind, so übertrift das Erbrecht, als die vierte Art des Sachenrechts solche dennoch sehr, sowohl in Rücksicht auf die Brauchbarkeit, als auch die Schwierigkeiten, welche sich bey einer richtigen und vollständigen Auseinandersetzung dieser äußerst interessanten Materie finden [a]). Unter dem Erbrechte verstehen die Rechtslehrer eine Gerechtsame, an der Verlassenschaft eines Verstorbenen, vermöge deren man das Eigenthum derselben an sich bringen kann. Als eine Einleitung in die Lehre vom Erbrechte, müssen folgende Wahrheiten vorausgeschickt werden. Wir haben im vierten

a) D. E. Ch. Westphals ord. Lehr. der Rechte in Halle, Theorie des römischen Rechts von Testamenten, deren Erblasser, u. s. f. Leipzig 1790. Ebendesselben syst. Comment. über die Gesetze von Vorleg. und Eröfnung der Test. Leipz. 1790. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV.

Theile dieses Handbuchs S. 264 gesehen, daß nach Vorschrift des römischen Rechts, das Eigenthum einer Sache entweder durch natürliche oder bürgerliche Erwerbungsarten erworben werden kann, und daß die bürgerlichen wiederum in allgemeine und besondere eingetheilt werden. Die Rechtslehrer fangen mit der Erklärung der besondern bürgerlichen Erwerbungsarten an, und gehen sodann erst zu den allgemeinen über. Allgemeine Erwerbungsarten des Eigenthums sind, wie wir aus dem vierten Theile S. 265 wissen, diejenigen, wodurch man das Eigenthum einer im Rechtsverstande ein Ganzes ausmachenden Sache erlangt. Unter die Anzahl derselben gehört nun hauptsächlich das sogenannte Erbrecht (ius hereditarium). Wenn man den Ausdruck, ein Erbrecht gehörig verstehen will, so muß man vor allen Dingen wissen, was die Gesetze unter einer Erbschaft verstehen. Das Wort Erbschaft wird entweder objectivisch oder subjectivisch (Handb. 1 Th. S. 6) gebraucht. In jener Bedeutung heißt Erbschaft so viel, als die ganze Verlassenschaft eines Verstorbenen; in dieser aber, nämlich im subjectivischen Sinn des Worts, versteht man unter dem Worte Erbschaft blos das Recht, eine solche Verlassenschaft eigenthümlich an sich bringen zu können [b]). Andere sagen auch so: das Wort Erbschaft heißt im römischen Rechte, bisweilen eine Sache, bisweilen aber ein Recht (Handb. 1 Th. S. 170). Wenn unter der Erbschaft eine Sache verstanden wird, so kann man sagen, sie ist der Inbegrif des ganzen Vermögens, welches ein Verstorbener hatte, oder der Inbegrif aller Rechte und Verbindlichkeiten eines

b) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 3. Herr Prof. Lobethan von der Erbfolge S. 13.

eines Verstorbenen. Nach römischem Rechte kann ein Verstorbener nur eine einzige Erbschaft hinterlassen, wenn er auch an noch so viel Orten Vermögen haben sollte. Heißt hingegen das Wort Erbschaft so viel als ein gewisses Recht: so ist sie die Befugniß andere von dem Erwerbe einer mir angefallenen Erbschaft auszuschliessen c). Wird unter dem Wort Erbschaft eine Sache verstanden, so ist sie entweder eine ganz erledigte Erbschaft (vacans), oder eine noch da liegende (iacens), oder eine schon erworbene (adquisita). Ganz erledigt ist die Erbschaft, an welcher noch Niemand kein Erbrecht hat, und daher wird sie auch mit unter die Sachen gerechnet, welche Niemanden zugehören (res nullius). Unter einer liegenden Erbschaft, versteht man den Umstand, wenn zwar Jemand befugt ist, die Erbschaft als sein Eigenthum zu erwerben, er hat es aber noch nicht gethan. Die erworbene Erbschaft ist eine solche, welche Jemand bereits würklich als sein Eigenthum an sich gebracht hat. Dieser Umstand wird auch die Erbfolge genennt d). Es kommen die angeführten drey Ausdrücke in der Folge oft vor, wo man sie verstehen muß, weil sie nicht allemal wieder erklärt werden können. Von einer Erbschaft als Sache ist noch folgendes zu bemerken. Sie gehört

c) L. 178. §. 1. D. de V. S. — Hereditas iuris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit. Hereditas autem vel maxime fructibus augetur. L. 50. D. de hered. pet. — Hereditas etiam sine vllo corpore iuris intellectum habet. L. 62. D. de R. I. — Hereditas nihil aliud est, quam successio in vniuersum ius quod defunctus habuit.

d) L. 62. D. de reg. Iur. — Hereditas nihil aliud est, quam successio in vniuersum ius quod defunctus habuit.

unter diejenigen Sachen, welche die Rechtslehrer Vniuerſitates iuris nennen (Handb. 4 Th. S. 104), oder die im Rechtsverſtande nur für ein einziges Ganzes angeſehen werden, es mögen auch noch ſo viele einzelne Dinge dazu gehören. Daher heißt es, die Erbſchaft bleibt immer dieſelbe, wenn gleich einige Stücke von der Verlaſſenſchaft des Verſtorbenen davon gekommen, andere aber hinzugekommen ſeyn ſollten. Und ſo ſagt man auch von ihr: die Sache tritt hier an die Stelle des Werthes, und der Werth an die Stelle der Sache (res ſuccedit in locum pretii, et pretium in locum rei), welche Regel bey einzelnen Sachen ganz falſch iſt [e]). Zu einer Erbſchaft, wenn ſie eine Sache anzeigt, gehört alles was der Verſtorbene hinterlaſſen hat, auch das was er blos in ſeiner Verwahrung gehabt, folglich auch die ihm nur geliehenen, bey ihm zur Verwahrung liegenden, oder verpfändeten Sachen. Ferner gehört zu einer Erbſchaft als Sache betrachtet, alles was von dem Augenblick des Todes des Verſtorbenen an, bis zur Antretung der Erbſchaft dazu gekommen iſt, es mag auf eine Art und Weiſe ſeyn, wie es nur immer will, ja ſogar auch dasjenige gehört dazu, wofür der Verſtorbene Rede und Antwort geben mußte [f]). So viel zur Erläuterung des Worts Erbſchaft. Was verſtehn aber die Geſetze unter dem Ausdrucke der Erbe. Der Erbe iſt derjenige, welcher nach dem Willen der Geſetze befugt iſt, die Verlaſſenſchaft eines Verſtorbenen ganz oder zum Theil, als ſein Eigenthum an ſich zu bringen, und welcher zugleich in alle Rechte und Pflichten des Verſtorbenen,

e) L. 10. l. 19. pr. D. de hered. petit.

f) L. 16. §. 3. L. 20. pr. et §. 3. et 17. l. 32. D. de hered petit.

nen, deren er fähig ist, tritt s). Das Recht zur Erbschaft muß der Regel nach von dem Willen des Verstorbenen herrühren. Kauft also Jemand eine Erbschaft, so ist er kein Erbe, denn sein Recht zur Erbschaft rührt nicht von dem Verstorbenen her, sondern von dem Verkäufer. Wenn Jemand sein ganzes Vermögen noch bey seinem Leben verkauft, so wird dieses keine Erbschaft genennt. Der Verstorbene kann das Eigenthum seiner Verlassenschaft auf dreyerley Weise auf einen andern übertragen, nämlich entweder durch ein Testament, oder durch einen Vertrag, oder weil er die Verordnung der Gesetze über die Erbfolge eintreten läßt. Daher sagen die Rechtslehrer, die Erbfolge rührt entweder aus einem Testament her, oder unmittelbar aus den Gesetzen, oder aus einem Vertrage: oder es heißt in ihren Schriften h): der Titel zu einer Erbschaft ist dreyerley, Vertrag, Testament, Gesetz. Weil man die übrigen Wahrheiten von der Erbfolge, erst recht deutlich einzusehen vermögend ist, wenn man die Lehre von Testamenten gehörig inne hat, so muß diese zuerst erklärt werden i). Es ist nichts so schwer als einen kurzen und deutlichen Begrif von einem Testament zu geben. Der Herr Hofrath Claproth sagt S. 2. in seiner Abhandlung von Testamenten: ein Testament ist eine nach gesetzlicher Vorschrift eingerichtete, einseitige, folglich widerrufliche Willenserklärung, wodurch ein Erbe ernannt, und im übrigen verordnet wird, wie es mit unserm Vermögen ge-

g) L. 128. §. 1. D. de reg. Iur. — Hi qui in vniuersum ius succedunt, heredis loco habentur.

h) Höpfners Commentar über die Institutionen S. 370. der neust. Ausg. von 1790.

i) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 72.

halten, und was sonst nach unserem Tode geschehen soll. Der Herr Professor Westphal erklärt sich S. 5. von Testamenten folgendergestalt: Wofern Jemand über sein Vermögen eine Verfügung macht, wie es damit nach seinem Tode gehalten werden soll, jedoch diese Verfügung dem, welchem sie zum Vortheil gemacht wird, nicht zur Acceptation bekannt gemacht, sondern von dem Verfertiger nur für sich und einseitig aufgesetzt wird; so entsteht der Begrif eines letzten Willens. Von dem Herrn geheimen Tribunalrath Höpfner haben wir S. 373 folgenden Begrif: das Testament ist ein letzter Wille, der nach gesetzlicher Vorschrift erklärt ist, und die Einsetzung eines directen Erben enthält. Mit der in den Gesetzen k) vorgetragenen Definition sind die Rechtslehrer l) nicht zufrieden. Denn die Institutionen geben weiter nichts als eine Etymologie, welche schlecht ist, und in den Pandecten wird nichts von der Wiederruflichkeit der Testamente gesagt, auch kein Unterschied zwischen einem eigentlichen Testamente und einem Codicill gemacht; und so ist auch des Unterschiedes eines letzten Willens von einem Vertrage nicht gedacht. Wegen des großen Umfanges der Rechtswahrheiten von Testamenten, muß man das Ganze in besondere Fragen abtheilen. Erstlich fragt sich also, wer kann ein Testament machen? Diese Frage läßt sich nicht deutlicher bestimmen, als wenn man festgesetzt hat, wer kein Testament machen kann. Weiß man das, so ist es leicht zu beantworten, wer ein

k) L. 1. D. qui test. fac. pos. — Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Pr. Inst. de test. ordin. — Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis sit.

l) Herr Prof. Westphal von Testamenten S. 6. Herr Hofrath Claproth von Testam. S. 1.

ein Testament machen darf. Die Rechtslehrer sagen: gewisse Personen dürfen deswegen kein Testament machen, weil sie von Natur dazu unfähig sind; andern Personen ist es hingegen deswegen nicht erlaubt, weil die Gesetze es ausdrücklich verboten haben, ob sie gleich sonst die natürliche Fähigkeit dazu haben. Von Natur sind zur Errichtung eines Testaments unfähig alle Personen, welche den Gebrauch ihrer Vernunft nicht haben. Doch sieht man nur auf die Zeit der Errichtung des Testaments selbst. Giebt es also bey demjenigen, welcher der Vernunft beraubt ist, gewisse Zwischenzeiten, wo er seines Verstandes vollkommen mächtig ist, so kann er in dieser Zeit ein Testament machen m). Es muß jedoch die vernünftige Zeit so lange anhalten, bis die ganze Testamentshandlung geendigt ist. Bekömmt der Testamentserrichter also Anfälle der Vernunftlosigkeit während der Testamentsverfertigung, so hat das Testament einen Fehler und gilt nicht. Wer kann genau sagen, wenn der Kranke den Gebrauch seiner Vernunft völlig hatte, oder nicht. Kann also derjenige, dem es an der Vernunft zu gewissen Zeiten fehlt, gleich-

m) L. 9. C. qui test. fac. poss. — Furiosum in suis induciis vltimum condere elogium posse, licet ab antiquis dubitabatur, tamen et retro principibus et nobis placuit. Nunc autem hoc decidendum est, quod simili modo antiquos animos mouit, si coepto testamento furor eum inuasit. Sancimus itaque, tale testamentum hominis, qui in ipso actu testamenti aduersa valetudine tentus est, pro nihilo esse. Si vero voluerit in dilucidis intervallis aliquod condere testamentum, vel vltimam voluntatem, et hoc sana mente incoeperit facere, et consummaverit, nullo tali morbo intervieniente: stare testamentum, siue quamcumque vltimam voluntatem, censemus; si et alia omnia accesserint, quae in huiusmodi actibus legitima obseruatio requirit.

gleichwohl alsdenn ein gültiges Testament machen, wenn er eine ganz vernünftige Stunde hat, so ist nichts billiger, als daß ein Testament gelte, welches Jemand gemacht hat, der erst nach der Zeit n) des völlig errichteten Testaments den Gebrauch seiner Vernunft verlohr, denn dieses Unglück hat mit der vorigen Testamentserrichtung keinen Zusammenhang. Wer also bey Verfertigung eines Testaments, als Notarius, Advocat, Zeuge oder als Richter gegenwärtig ist, muß genau darauf achten, ob der Testamentserrichter so viel Vernunft hat, als zu Erklärung seines letzten Willens nöthig ist. Findet sich kein Bedenken dabey, so wird im Testament bemerkt, daß der Testator bey vollkommner Vernunft gewesen (S. 197); doch schliesset dieses Anführen immer den Beweiß des Gegentheils nicht aus. Sollte man aber den Testator würklich unvernünftig finden, so müssen seine unverständigen Reden und Handlungen aufgeschrieben werden. Daraus wird sichs ergeben, ob sein letzter Wille gelten kann oder nicht. Kommen nur einige unverständige Reden und Handlungen mit vor, die im Alter oder Krankheit ihren Grund haben; übrigens hat der Erblasser seinen letzten Willen völlig deutlich und bestimmt angegeben; so ist gleichwohl nöthig, jene unklugen Reden und Handlungen aufzuzeichnen, und hierbey ist die Zeitfolge zu beobachten. Damit man von der Gültigkeit eines solchen letzten Willens recht urtheilen kann, ist es Pflicht, den Testator nach geendigter Hand-

n) L. 20. §. 4. D. qui test. fac. pos. — Ne *furiosus* quidem testis adhiberi potest, cum compos mentis non sit. Sed si habet intermissionem, eo tempere adhiberi potest. *Testamentum* quòque, quod ante furorem consummatum est, valebit, et bonorum possessio ex eo testamento competit.

Handlung, nochmals über alle Puncte seiner Verordnung zu befragen, und zwar in so allgemeinen Ausdrücken, daß er seine Verordnung mit andern Worten wiederholen kann, und dabey die Ursachen seiner Verordnung anzuführen, Gelegenheit hat. Giebt er nun hier solche alberne Antworten, daß man daraus sogleich überzeugt werden muß, daß Widersprüche oder Unsinn in seinem Testament enthalten ist; so ist an dem Mangel seiner Vernunft kein Zweifel mehr. Sollten aber die Antworten mit seiner vorher gemachten Verordnung sehr wohl übereinstimmen, oder er hat wohl gar sehr gegründete Ursachen seines Testaments angegeben, so ist an der Gültigkeit von dieser Seite nichts auszusetzen. Dieses Betragen des Richters oder Advocaten ist jedoch nur alsdenn anzurathen, wenn mit der Verfertigung des Testaments, entweder wegen Alters, oder wegen einer Todesgefahr kein Anstand genommen werden darf. Sollte aber dieser Fall nicht eintreten, so kann man zwar die Beschaffenheit des Erbverordners, durch einen geschickten Arzt untersuchen lassen, um sein Gutachten von sich zu stellen, ob der Erblasser so weit bey Verstande sey, ein Testament machen zu können; allein der Richter oder Advocat selbst, ist doch noch geschickter dazu, wenn er es auf die Art macht, wie ich eben gesagt habe, weil aus Reden am besten auf den Verstand ein Schluß gemacht werden kann. Folgender Fall wird dieses erläutern o). Ueber das Testament eines 80-jährigen Mannes, welcher kindisch gewesen zu seyn schien, entstand in der Folge ein Proceß, worüber der Herr Hofrath Claproth folgendes anführt. Ich

o) Der Herr Hofrath Claproth von Testamenten. S. 9.

Ich würde, wenn ich das Testament zu entwerfen gehabt hätte, ihn entweder vor sieben Zeugen seinen letzten Willen aussprechen, und wegen seiner Altersschwäche die Bewegursache niedergeschrieben, ihn auch seine Verordnung nochmals haben wiederholen lassen. Es wäre besser gewesen, folgende Stelle im 3ten §. des Testaments ganz wegzulassen: „daß er alle andere von ihm eigenhändig unterschriebene letzte Willensmeynungen, Schenkungen und dergleichen so wider bessere Zuversicht nach seinem Ableben etwa zum Vorschein kommen möchten, hiermit ausdrüklich cassire; gestalten er denn dieses aus der hauptsächlichen Ursache also ausdrücklich verordne; weil Valentin Stein (ein Verwandter des Erblaßers) vor einigen Jahren ihm ein weißes Pappier vorgelegt, worauf er dessen Verlangen zu Folge unterhin seinen Nahmen setzen müssen, indem derselbe vorgegeben, daß solches zu Gemeineangelegenheiten gebraucht werden solle.“ Besser wäre es gewesen, alle andre vorherige letzte Willensverordnungen zu widerrufen. Schenkungen konnten aber hierdurch nicht wiederrufen werden wenn sie nicht auf den Todesfall gemacht werden. Wozu aber der Ausdruck? und dergleichen. Niemand würde auch vor seinem Ableben letzte Willensverordnungen vorgezeigt haben. Durchaus konnte ein solcher zweydeutiger Erblasser nicht mit einem verschlossenen Testament ins Gericht geschickt werden. Der Rath zu Neuhanau aber, bey dem dieses Testament verschlossen eingereicht wurde, hätte den Erblasser fragen sollen, ob er wolle daß sein Testament im Gericht erbrochen und ihm vorgelesen werde. Wenn er dieses nicht zufrieden seyn wollen, so hätte er ohne weitere Umstände sogleich abgewiesen werden sollen. Man vernahm ihn aber über Fragen. Die erste, was in dem verschlossnen Pappier sey? war nicht unrecht

recht. Die zweyte, was darinnen geschrieben sey, und wie alt das Testament sey, war zu allgemein und über dieses mehrfach. Ein Mensch von schwachem Verstande kann nicht leicht sein ganzes Testament wieder hersagen. Die dritte und vierte Frage war nicht ganz überflüßig. Die fünfte, ob er testiren wolle, ist weder einem Bauer, noch einem 80-jährigen Manne angemessen. Er scheint daher auch die Frage wegen des lateinischen Ausdrucks nicht verstanden zu haben, weil er geantwortet: da wisse er nichts von. Des Erblassers Bruder zu vernehmen, war ganz überflüßig. Noch unnützer war es den Erblaßer nach diesem Verhör seines Bruders, noch einmal über die nämlichen Fragen zu vernehmen. Daß er aber seine andern Geschwister nicht zu nennen gewußt, ist bey einem 80-jährigen Manne nichts außerordentliches, und zeigt nur Schwäche des Erinnerungsvermögens an. Das verschlossene Testament wurde mit diesem Protocoll vermuthlich deswegen an die Landesregierung eingeschickt, um allenfalls vermöge der einem Landesregenten zustehenden Gewalt, die Fähigkeit ein Testament zu errichten, zu gestatten, oder dieses abzuschlagen. Die Fürstliche Regierung aber hat zwar dem Amtmann N. einen Auftrag gethan, jedoch ganz recht nichts deswegen selbst verfügt, sondern die Sache als eine Justitzangelegenheit an das fürstliche Hofgericht verwiesen. In diesem Verhör sind die vorgelegten Fragen richtiger entworfen worden. Bey der fünften, wer ihn denn einmal beerben solle? gab der Erblasser seinen Erben deutlich an: sein Bruder, Kilian Schäfer, weil ihn derselbe unterhielte. Ob er nun gleich bey der sechsten Frage noch unschlüssig war, ob er auch seinen übrigen Freunden etwas vermachen wolle, so kommt es doch nicht darauf an, ob ein Testament in Ansehung der Vermächtnisse mangelhaft ist.

Die

Die siebende Frage, ob ihm nicht sein Bruder, Kil. Schäfer, Anleitung gegeben und gebeten, daß er ihm alles vermachen solle, war widerrechtlich, weil, wenn es auch geschehen wäre, dieß nichts unerlaubtes ist. Allein der Erblasser bezeigte seine Willensfreyheit hinlänglich, indem er antwortete: ja das habe er gethan, sein Wille sey aber auch dabey. Mehr war nicht nöthig zu einem Testament. Dennoch blieb das Testament bis an seinen Tod verschlossen. Wäre selbiges geöfnet, deutlich vorgelesen, erklärt und einige Fragen, z. B. ob er ohne Furcht und Zwang alles dieses so verordnet habe? ob er schon lange des Willens gewesen, so zu verordnen, als geschehen? ob er wolle, daß wenn er verstürbe, ohne sein Testament zu ändern, daß diesem nachgelebt werden solle? hätten gewiß ein großes Licht über diesen letzten Willen verbreitet. Ein anderer Fall von einer kindisch gewordenen alten Frau; war dieser. Sie hatte großes Vermögen, und wegen ihres schwachen Verstandes und Alters war ihr von der Obrigkeit ein Curator gesetzt worden. Einer ihrer Verwandten suchte in ihrem Namen um eine Gerichtsdeputation zu Aufnahme ihres letzten Willens an. Die Obrigkeit trug Bedenken die Deputation zu ihr zu schicken, ließ also durch den Stadtphysicus eine Unterredung mit ihr anstellen. Obgleich dieser ein guter Bekannter von ihr war, so erkannte sie ihn dennoch nicht; war sehr ängstlich; wußte nicht wenn ihr Mann verstorben war, um den sie doch noch trauerte; und als ihr wegen dessen Absterben die Condolenz abgestattet wurde, so antwortete sie, als ob man ihr zum Antritt des Jahres Glück gewünscht hätte, da es doch zu einer ganz andern Jahreszeit geschahe. Es wurde also hierauf der Ausspruch vom Richter gethan: daß sie unfähig sey ein Testament

zu machen. Nichtsdestoweniger wurde ein Testament vor sieben Zeugen geschmiedet, und solches nach ihrem Tode zur Eröfnung eingereicht. Hierwider protestirten nun ihre nächsten Anverwandten, weil der Verstorbenen die Fähigkeit ein Testament zu machen, abgesprochen worden. Diese Protestation lief aber wider die Verordnung des römischen Rechts, weil die Eröfnung eines Testaments schlechterdings nicht hintertrieben werden soll. Ja sie konnten nicht einmal die Einsetzung in den Besitz hindern, wenn das Testament keinen in die Augen fallenden Fehler hatte, weil der Fehler in dem Zustande des Erbverordners, keinen sichtbaren Mangel an einem Testament veranlaßt p). Die nächsten Freunde konnten sich nicht anders helfen, als daß sie nach Eröffnung des Testaments die Nichtigkeitsklage anstellten. Dasjenige was zeither von würklich rasenden, verrückten, oder ganz unverständigen Personen gesagt worden ist, wenn gefragt wird, ob sie ein Testament machen können oder nicht, gilt auch von denen, welche in eine so heftige Krankheit verfallen sind, wodurch sie an dem Gebrauch ihrer Vernunft gehindert werden, und gleichwohl wollen sie ein Testament oder eine andere letzte Willensverordnung machen. Dieses ist nicht erlaubt q). Daß aber Jemand, wenn er ein Testament machen will, einen ganz besonders guten Verstand haben müsse, ist nicht nöthig, und daher dürfen stupide Menschen al-

ler-

p) L. 7. pr. D. de appell. rec. L. 6. C. quor. appell. non rec. L. pen. C. de edict. D. Hadr. toll.

q) L. 17. D. qui test fac. poss. — In aduersa corporis valetudine mente captus eo tempore testamentum facere non potest

lerdings einen letzten Willen errichten [r]). Die Verstümmelung des Körpers macht Niemanden unfähig ein Testament machen zu können. Hat also Jemand die Hände, oder andere Theile des Körpers verlohren, so ist er deswegen immer noch berechtigt, eine letzte Willensverordnung zu errichten. Daher schadet es auch nicht, wenn der Erbverordner an den Geburtsgliedern einen Fehler hat [s]). Auf die körperliche Gesundheit wird überhaupt nach dem römischen Rechte nicht gesehen, daher auch sogar das Testament eines Sterbenden, mit gebrochener Stimme, wenn er nur sonst seinen völligen Verstand noch hat, für gültig erklärt wird. Eben das gilt auch von den ältesten Personen, so lange sie noch nicht kindisch geworden sind [t]). Es wird so lange vermuthet, daß der Erblasser bey vollem Verstande gewesen, bis das Gegentheil sicher bewiesen ist. Die alten Teutschen [u]) waren weit strenger. Denn sie hatten festgesetzt, daß der Erblasser, wenn er Ritter war, sich mit Schwerdt, Schild und Speer ohne Hülfe, ungehabt, das heißt ungehoben, auf sein Pferd

r) WERNHER Part. I. Obs. 174. S. 160. STRYCK Caut. testam. c. 3. §. 25.

s) L. 10. D. qui test. fac. poss. — Qui manus amisit, testamentum facere potest, quamuis scribere non possit. L. 5. C. Qui test. fac poss. — Eunuchis liceat facere testamentum, componere postremas exemplo omnium voluntates: conscribere codicillos salua testamentorum obseruantia.

t) L. 2. D. qui test. fac. poss. — In eo, qui testatur, eius temporis, quo testamentum facit, integritas mentis, *non corporis sanitas* exigenda. L. 3. pr. C. qui test. fac. — Senium quidem aetatis, vel aegritudinem corporis, sinceritatem mentis tenentibus, testamentifactionem non auferre.

u) KOPP de testamentis Germanorum §. 10.

Pferd schwingen, einer vom Bürgerstande aber ohne Stecken und Stab, oder ungestabt, eine gewisse Strecke solle gehen können, eher als er seinen letzten Willen erklären wolle (Handb. 2. Th. S. 96.). Unter die Naturfehler, welche hindern ein Testament zu machen, gehört auch die Taubheit und Stummheit. Jedes dieser Gebrechen, war nach dem ältern römischen Rechte, schon hinlänglich, Jemanden die Fähigkeit zu entziehen ein Testament zu machen x). Ein Tauber oder Stummer konnte kein Testament wobey Wage und Geld gebraucht wurde, machen, denn der Taube konnte nicht hören, was der Käufer zu ihm sagte; und der Stumme die Worte nicht hersagen, welche bey diesem Testament schlechterdings ausgesprochen werden mußten. Nach dem in der Note x) angeführten Gesetze zu urtheilen, konnten dergleichen Personen auch kein prätorisches Testament machen, weil überhaupt in diesem Gesetz gesagt wird, ein Tauber und Stummer könne nicht testiren. Bisweilen ertheilten ihnen jedoch die römischen Kaiser durch Dispensation die Erlaubniß, ein Testament zu machen y). Justinian erlaubte es ihnen endlich im L. 10. C. qui test. fac. poss. ein Testament machen zu können, wenn sie schreiben, oder Zeichen von sich geben könnten, ohne erst um die Erlaubniß dazu beym Kayser ansuchen zu dürfen. Heutzutage gel-

 ten

x) L. 6. §. 1. D. qui test. fac. poss. — Surdus, mutus, testamentum facere non possunt. Sed si quis post testamentum factum valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit ratum nihilominus permanet testamentum.

y) L. 7. D. qui test. fac. poss. — Si mutus, aut surdus, vt liceret sibi testamentum facere, a Principe impetrauerit: valet testamentum.

ten in diesem Stück folgende Grundsätze z). Entweder ist Jemand taub und stumm zugleich, oder er ist nur taub, oder allein stumm. Wenn Jemand taub und stumm zugleich gebohren worden, oder es von Natur ist, so wird ihm alsdann erlaubt, ein Testament zu machen, wenn man gewiß überzeugt seyn kann, daß er sich eine richtige Vorstellung von einer letzten Willensverordnung zu machen im Stande sey. Doch muß erst bey dem Landesregenten um die Erlaubniß, ein Testament machen zu können, angesucht werden, und diese pflegt nicht eher, als nach angestellter Untersuchung, ertheilt zu werden. Diese Untersuchung hat zur Absicht, herauszubringen, ob die Zeichen des taubstummen Menschen würklich etwas bestimmtes über die Erbfolge nach seinem Tode anzeigen. Der Herr Präsident von Pufendorf, und der Herr Hofrath Claproth a), haben ein merkwürdiges Beyspiel dieser Art angeführt. Letzterer hat das ganze in dieser Sache geführte Protocoll abdrukken lassen. Auf das Ansuchen des taub und stumm gebohrnen erließ die Regierung zu Hannover folgendes Rescript an den Rath zu Münden.

Es ist Namens des daselbst befindlichen tauben und stummen Bürgers, J. C. Hillebrandt bey uns nachgesucht, ihm facultatem testandi et disponendi, zum Faveur seiner Ehefrauen, über alle seine Güther und Vermögen per Signa zu ertheilen. Gleichwie wir nun nöthig finden, bevor wir ihn desfalls mit Resolution versehen, gründlich und zuverläßig untersuchen zu lassen, ob die von demselben zu

thuende

z) MAIANS D. de surdor. et mut. testamentif. in Coll. Diss. Vol. I. nr. 30. RIVINVS D. de testam. surdi et muti natura talis valido, Lipſ. 1740.

a) de PVFENDORF Obs. Iur. vn. Tom. III. Obs. 178. S. 473. Claproth von Testamenten. S. 14.

thuende Anzeigung durch Signa also beschaffen, daß man dadurch von dessen Intention seiner Ehefrauen durch letzten Willen alle sein Vermögen vermachen und zuwenden zu wollen, völlig überführt sey; so wird euch desfalls hiermit Commission aufgetragen. Ihr habt demnach euch zuförderst zu erkundigen, ob zwey oder drey Männer daselbst vorhanden, welche mit erwähntem Hillebrand viel Umgang haben, dessen Anzeigungen und Signa kennen, und erböthig sind, einen Eyd zu schwören, daß sie das, was Hillebrand mit seinen Zeichen zu erkennen geben wolle, wohl verstehen, und sie diejenigen Signa so er bey dieser Commission zu Declarirung seines letzten Willens machen werde, treu und redlich anzuzeigen und zu erklären gewillet sind. Wann sich nun dergleichen Personen finden sollten, habt ihr den Professor Hollmann zu Göttingen, welchem Wir committiret haben, bey dieser Untersuchung gegenwärtig zu seyn, davon Nachricht zu geben, und euch mit selbigem wegen des dazu anzusetzenden Tages zu vergleichen, mithin die Untersuchung in dessen Gegenwart folgendergestalt anzustellen:

1) Sind obbesagte Leute auf die von ihnen zu thuende Aussage zu beeidigen.

2) Einer nach dem andern nebst Hillebrand und seiner Frauen, die aber hierbey zur Dollmetscherin nicht zu gebrauchen, vor die Commission zu fordern, worauf Hillebrand durch den Pastor Friesen, als welcher von dessen Umständen gute Wissenschaft hat, zu befragen, was er vorzubringen gewillet sey, und habt ihr alsdann die von selbigem gemachten Zeichen und Anzeigungen von einem jeden mehr besagter Männer besonders erklären zu lassen.

3) Sind sowohl diejenigen Zeichen und Anzeigungen, so Hillebrand machen wird, als die von ei-

ner jeden solcher Personen davon gemachten Erklärungen, warum dieses oder jenes dasjenige, was sie nach ihrem Eyde für gewiß halten, und nichts anders bedeute, auch woher sie solches schließen, accurat und umständlich zu Protocoll zu nehmen. Nach vollendeter Commission wollen wir davon euren Bericht erwarten, und habt ihr demselben das von euch abgehaltene, und von dem Prof. Hollmann mit unterschriebene Protocoll beyzufügen. Wir sind ꝛc. ꝛc. Hannover den 13. Febr. 1743.

Nachdem die Sache vorgeschriebenermaßen vorgenommen worden, erhielt Hillebrand würklich die Erlaubniß, ein Testament zu machen, welches der Herr v. Pufendorf in die 178. Observation S. 478 des dritten Theils abdrucken lassen.

Wir Georg der Andere V. G. König — — fügen hiermit zu wissen: Nachdem der in unserer Stadt Münden befindliche taub und stumme Bürger, Namens Jobst Christoph Hillebrand, vermöge eines von ihm selbst unterschriebenen Memorials allerunterthänigst nachgesucht, ihm facultatem testandi et disponendi zum Faveur seiner Ehefrau Annen Margarethen, geb. Schradern, über alle seine Güther und Vermögen zu ertheilen; und dann, nachdem dem Bürgermeister und Rath zu Münden aufgetragen worden, mit Zuziehung des Professor Hollmanns zu Göttingen und dreyer dabey zu adhibirender glaubwürdiger Männer, so von ermeldeten Hillebrandts gewöhnlichen Signis und Anzeigungen die beste Wissenschaft hätten, würklich darauf zu beeidigen wären, zu exploriren, welchergestalt derselbe seine Willensmeynung zu erkennen geben werde; Aus denen desfalls anhero erstatteten Berichten und mit beygelegtem Protocoll erhellet, daß mehr besagter taub und stumme Hillebrand nicht allein von gutem Begrif und Verstande

sey,

sey, sondern auch seine Gedanken und Intention solchergestalt zu erkennen gegeben, daß man solches mit völliger Gewißheit hat verstehen und begreifen können, daß Wir derowegen allergnädigst resolviret haben, seinem Suchen statt zu geben, thun solches auch hiermit aus Landesherrlicher Macht und Gewalt solchergestalt und also, daß ob zwar nach den gemeinen Rechten zu Errichtung eines Testaments erfordert wird, daß der Testator seinen letzten Willen entweder mündlich oder schriftlich zu erkennen geben müsse, und daher einem von Natur taub und stummen Menschen ein Testament zu machen, nicht zugestanden wird, dennoch bey obangeführten Umständen von den Erfordernissen der gemeinen Rechte in diesem Stück der supplicirende Jobst Christoph Hillebrand dispensirt seyn, und der von ihm zu erkennen gegebenen Meynung durch Testament seine Ehefrau zu seiner Erbin einzusetzen, rechtsbeständige Kraft ertheilt seyn soll; wie Wir dann auch die von ihm von dem Stadtmagistrat zu Münden, und in Gegenwart des Professor Hollmanns, des Pastor Friesen und derer dreyen anfangs besagten Männer, nach Inhalt folgenden Protocolls: (hier wurde das ganze Protocoll eingerückt) zum Faveur benannter seiner gegenwärtig gewesenen Ehefrauen gemachte testamentliche Disposition, als ein gerichtliches Testament hierdurch in allen Stücken confirmiren und bestätigen. Wornach sich ein jeder zu achten, und falls demnächst wider Vermuthen dieses Testament von Jemanden angefochten werden und Proceß darüber entstehen sollte, die Orts Obrigkeit sowohl als unsere Justizcollegien darnach zu erkennen und zu sprechen haben. Urkundlich ꝛc. Hannover den 17. Apr. 1743.

Die Zeichen, woraus man den Schluß gemacht, daß er seine Frau zur Universalerbin einsetzen, und

seine Freunde ausschließen wollen, bestanden in folgenden Handlungen.

1) that er beide Hände von einander, hob solche in die Höhe, und hielt sie über den Kopf zusammen, worauf er seine rechte Hand auf seine rechte Brust legte, und sodann solche auf seiner Frauen Brust mit einer freundlichen Mine legte.

Nach Aussage seiner Bekannten wollte der Stumme dadurch anzeigen, daß seine Frau sein Haus bekommen solle. Durch das Aufheben der Hände, und Zusammenthun derselben über seinem Kopfe, zeigte er deswegen ein Haus an, weil diese oben im Dache spitzig zugehen. Auf die Brust pflegte er alsdann seine Hand zu legen, wenn er sein Eigenthum anzeigen wollte. Und daß er nun ferner seine Hand auf die Brust seiner Frau gelegt, sollte anzeigen, daß sie nach seinem Tode Eigenthümerin werden sollte.

2) That er abermals die Hände von einander, machte mit der Hand eine Bewegung, als ob er etwas aufschließen wollte, nahm hierauf sein Camisol, wickelte es zusammen, wieß sodann auf seinen Rock und das ihm gehörende leinene Zeug, griff hierauf in seine Tasche, nahm zwey Schlüssel heraus, den einen zum Hause, den andern zum Kasten, und übergab solche mit einer freundlichen Miene seiner Frau.

Das Auseinanderthun der Hände sollte den Coffre bedeuten, den er aufschliessen wollte; die Aufwikkelung des Camisols zeigte das Wollenzeug an, welches zusammengelegt im Coffre zu seyn pflegt. Die Weisung auf den Rock und die leinenen Sachen stellte seine ganze Kleidung und Wäsche vor. Das Herausnehmen der Schlüssel und Uebergabe an seine Frau hieß so viel: daß sie Eigenthümerin seyn sollte.

3) machte er mit beiden Händen in der Luft kleine Cirkel, und hierauf eine Bewegung, als

wenn

wenn er etwas umdrehete, kehrte sich hierauf zu seiner Frau, und that, als ob sie etwas hinnehmen sollte.

Die Cirkel bedeuteten sein Zinn. Das Herumdrehen zeigte an, daß die Zinngießer es auf dem Rade herumdrehen, wenn sie es poliren. Die Uebergabe an seine Frau stellte ihr künftiges Eigenthum des Zinns vor.

4) machte er eine Bewegung, als wenn er etwas abmähte, desgleichen, als wenn er graben wollte, wieß zugleich in die Höhe, und gab einen Ton von sich, welcher dem Laut des Worts Apfel ähnlich war. Hierauf kehrte er sich wieder mit einer freundlichen Miene zu seiner Frau, und that, als wenn sie etwas hinnehmen sollte.

Durch das Abmähen und Graben zeigte er seine Wiesen und Gärten an. Der Laut, welcher mit dem Schall des Worts Apfel die gröste Aehnlichkeit hatte, zeigte die Bäume an. Durch das Uebergeben sollte seine Frau Eigenthümerin werden.

5) that er, als ob er Geld zählte, hielt beide Hände bald hoch, bald niedrig übereinander, zeigte auf seinen ehemaligen Curator, der gegenwärtig war, machte ein Zeichen, als ob er etwas von ihm in Empfang nehme, und gab es an seine Frau.

Durch das Geldzählen meynte er Geld. Die Haltung der Hände bald hoch, bald niedrig, zeigte große und kleine Beutel mit Gelde an. Durch dieses Kennzeichen hatte er vorher, als er noch unter seinem Curator stand, viel oder weniger Geld gefordert. Das Abgeben an seine Frau zeigte an, daß sie inskünftige das Eigenthum des Geldes haben sollte.

6) Zog er aus seiner Tasche ein Paquet Obligationen und Kaufbriefe, gab solche seiner Frau, und küßte sie.

Dieses Zeichen war deutlich.

7) Faltete er seine Hände, machte die Augen zu, beugte sich langsam zurück, machte hierauf mit beiden Händen eine Rundung in der Luft, schlug sie auseinander, und wieß hiernächst mit beiden Händen traurig auf seine Frau.

Durch diese Zeichen zeigte er an, daß Jemand gestorben sey; und daher gab er hiermit zu verstehen, daß seine Frau nach seinem Tode alles haben solle.

8) Griff er mit beiden Händen an seine Rockfalten, zog solche auseinander, und machte eine stolze Miene dabey, mit Aufblasen der Backen und Ausspeyen. Hierauf nahm er die flache Hand, hielt solche vor den Mund und bließ darüber. Endlich hielt er seine linke Hand flach in die Höhe, und machte mit der rechten ein Zeichen herein, welches ein doppeltes F. vorstellte, und bließ sodann nochmals über dieselbe hinweg.

Dadurch wollte er anzeigen, daß seine Freunde die Frankische Familie, welche große Fischbeinröcke trügen, nichts haben sollten.

Außer diesem Fall führt der Herr Hofrath Claproth noch einen andern an, von einem gewissen taub und stummen, Namens Hellmold in Osterode.

Ich habe S. 275. den Satz zu erläutern angefangen, wer taub und stumm gebohren worden, kann nicht anders ein Testament machen, als wenn er sich durch deutliche Zeichen ausdrücken kann, und vom Gesetzgeber die Erlaubniß erhalten hat, ein Testament zu machen. Sollte Jemand entweder von Natur, oder durch Krankheit, oder einen andern Unglücksfall taub und stumm geworden seyn, er kann aber schreiben, so muß er ein schriftliches Testament errichten. In der Notariatsordnung §. 4. von Testamenten ist von Tauben und Stummen folgendes verordnet: es gehört zu einem jeden Testament, daß

der,

der, oder die, so Testamente machen, mit verständlichen Worten reden, oder aber schreiben können; denn welcher deren keines könnte, der wird darin einem Todten gleich geachtet, und mag kein Testament machen. Kann ein durch Krankheit stumm gewordener nicht schreiben, und er will durch Zeichen ein Testament machen, so wird es eben so gehalten, wie bey dem Testament eines taub und stumm gebohrnen. Die Facultät zu Göttingen [b]) verwarf daher ein Testament, welches ein durch einen Schlagfluß stumm gewordener Vater auf die bloße Anfrage des Predigers, mit Nicken gemacht haben sollte. Der Prediger behauptete nämlich, der Stumme habe, als er noch reden konnte, gegen ihn geäußert, daß er auf die und die Art sein Testament machen wollte. Diese Erzählung legte der Prediger jetzt dem Stummen in Fragen vor, und darauf nickte er. Es kam noch dazu, daß der Sohn, welcher beym Vater im Hause war, ganz vorzüglich bedacht worden. Der Sohn hatte den Prediger, und dieser wieder die Zeugen berufen. Die drey Kreutze waren äußerst sonderbar gezogen, und doch hatte ihm die Hand geführt werden müssen. Wird Jemand erst nach der Zeit, da er sein Testament bereits gemacht hat, taub und stumm, so gilt sein Testament eben so gut, als der letzte Wille desjenigen, welcher nach Errichtung desselben rasend oder kindisch geworden ist. Wer bloß taub ist, aber dabey reden, oder gar schreiben kann, dem ist es erlaubt, mündlich oder schriftlich zu testiren, er mag taub gebohren, oder es erst geworden seyn. Ein Blinder konnte schon nach dem alten römischen Rechte ein Testament machen [c]). Der Kai-

b) Der Herr Hofr. Claproth von Testamenten. S. 45.

c) OTTO ad Inst. S. 260. PAVLVS in rec. sent. lib. 3. tit. 4. de test. — Coecus testamentum potest facere

Kaiser Justinian bestätigte dieses zwar, führte aber für die schriftlichen Testamente eines Blinden eine eigne Form ein, im L. 8. C. qui test. fac. poss. Dieses hat auch der Kaiser Maximilian in der Notariatsordnung, §. 9. von Testamenten gethan. Bey dem schriftlichen Testament eines Blinden muß nämlich ein Notarius, oder wenn keiner zu haben ist, der achte Zeuge zugegen seyn; 2) muß der Erbe, seinem Stande und Namen nach, von dem Erblasser genau angegeben werden, weil er sich eher in der Person irren kann, als ein Sehender; 3) will der Erblasser sein Testament mündlich machen, so soll es niedergeschrieben, und von dem Notarius und den Zeugen unterschrieben und besiegelt werden. 4) Sollte er es aber schriftlich haben aufsetzen lassen, so muß es ihm in Gegenwart der Zeugen vorgelesen werden. Bey dem Vorlesen muß der achte Zeuge in das Testament mit herein sehen, und nachlesen. Bloß schriftlich oder bloß mündlich kann sein Testament nicht bestehen [d]). 5) Nach geschehener Vorlesung muß der Blinde erklären, dieses sey sein letzter Wille. Hierauf geschieht 6) die Unterschrift von dem Notarius, oder achten Zeugen, anstatt des Erblassers, und sodann von den sieben Testamentszeugen. Bey dem Testament eines Blinden kommen also alle diejenigen Feyerlichkeiten vor, die zu einem mündlichen und schriftlichen Testamente nöthig sind. Die Rechtslehrer haben die Feyerlichkeiten des Testaments eines Blinden auf die Testamente derjenigen, welche nicht schreiben können, ausgedehnt, und verlangen daher zu Errichtung derselben die Vorlesung, und die Gegenwart des achten

cere: quia accire potest adhibitos testes, et audire sibi testimonium perhibentes.

d) Herr Prof. Westphal von Testamenten. S. 32. Höpfners Comment. über die Justit. S. 405.

ten Zeugen ebenfalls, welcher das nämliche für den Erblasser zu beobachten hat, was er bey dem Testament eines Blinden thun muß, nämlich das Testament nachlesen, und solches Namens des Erblassers unterschreiben [e]). Sie behaupten sogar auch bey dem mündlichen Testament einer Person, die nicht schreiben kann, sey es nöthig, daß es schriftlich aufgesetzt, und von acht Zeugen unterschrieben werde. Diese Meynung wird aber von andern berühmten Rechtslehrern [f]) verworfen. Auch das Alter kommt bey demjenigen, der ein Testament machen will, in Betracht. Eine Mannsperson muß 14 Jahr, und eine Frauensperson 12 Jahr alt seyn, wenn sie ein Testament machen wollen, jedoch geht es schon an, wenn sie nur den letzten Tag dieser Jahre erreicht haben. Wer also nur seinen Geburtstag erlebt hat, wenn gleich die Stunde der Geburt noch nicht da ist, der kann schon ein Testament errichten. Und weil der juristische Tag von Mitternacht zu Mitternacht gerechnet wird, so ist es genug, wenn der junge Mensch nur die Mitternacht zwischen dem vorigen und dem Geburtstage überlebt hat. Den Frauenzimmern war es seit den Gesetzen der zwölf Tafeln nicht anders erlaubt, ein Testament zu machen, als mit Zuziehung ihres Curators, waren sie aber in eine solche Ehe getreten, welche per conventionem in manum marit. geschahe, so durften sie gar kein Testament machen. Diese Einschränkung ist in der Folge weggefallen, da die Römer weder die Geschlechtsvormundschaft mehr hatten, noch die alte feyerliche Art in

e) BOEHMER de testam. non prael. §. 10. in Exerc. ad Pand. Tom. IV. exerc. 75. NETTELBLADT de testamento nunc. in script. redacto c. 1. §. 12.

f) STRYCK Caut. test. c. 4. §. 26. Höpfners Comment. über die Instit. S. 403.

in die Ehe zu treten g). Es kann sogar Personen, welche noch nicht 14 oder 12 Jahr alt sind, nach Verschiedenheit des Geschlechts, vom Gesetzgeber das Recht ein Testament zu machen, ertheilt werden, wenn sich nach angestellter Untersuchung gefunden hat, daß die junge Person die gehörige Einsicht zu Errichtung eines Testaments hat. Die zeither angeführten Personen können deswegen kein Testament machen, weil es ihnen der Regel nach an der nöthigen Einsicht fehlt, die dazu erfordert wird, diese wichtige Handlung vorzunehmen. Es giebt aber auch sehr viele Fälle, wo Jemand deswegen kein Testament machen darf, weil er kein römischer Bürger war. Das Recht ein Testament zu machen, gehörte unter die grösten Vorzüge eines Römers. Daher konnten Sclaven kein Testament errichten. Bey öffentlichen Sclaven (servi publ.) machte man eine Ausnahme, und erlaubte ihnen über die Halfte dessen, was ihr Eigenthum war, zu testiren. h). Sogar alsdenn konnte ein römischer Sclave kein Testament machen, wenn er zwar in einem Testament die

g) L. 5. D. qui test. facere poss. — A qua aetate testamentum vel masculi vel foeminae facere possunt, videamus. Verius est, in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in foeminis vero duodecimum completum. Vtrum autem excessisse debeat quartum decimum annum, vt testamentum facere possit? an sufficiat complesse. Propone aliquem, Kalendis Ianuariis natum testamentum ipso natali suo feciſſe quarto decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitror, etiamsi pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum. Iam enim complesse videtur annum quartum decimum, vt Marciano videtur.

h) VLPIAN. in fragm. Tit. 20. §. 16. — Seruus publicus, pro parte dimidia, testamenti faciendi habet ius.

die Freyheit erhalten hatte; er wußte dieses aber noch nicht, oder der Erbe hatte sich wegen Antretung der Erbschaft noch nicht erklärt. Da unsere Leibeigne als Mitglieder des Staats angesehen werden, so können sie auch über das Ihrige der Regel nach testiren. Es kommt aber hierbey alles auf die Landesgesetze an i). Römische Bürger, welche in der Gefangenschaft waren, wurden den Sclaven gleich gehalten, und konnten deswegen ebenfalls kein Testament machen. Hier müssen jedoch verschiedne Fälle genau von einander unterschieden werden. Machte ein Römer in der Gefangenschaft selbst ein Testament, und wurde hernach frey, so galt sein Testament dennoch nicht. Denn man sahe auf die Zeit der Errichtung, und hier war er nicht berechtigt, ein Testament zu machen, folglich konnte es auch in der Folge nicht gültig werden, weil dasjenige Testament, was anfangs ungültig ist, auch in der Folge nicht gültig werden kann, nach der Regel des Cato: testamentum, quod ab initio non valet, postea non potest conualescere k). Gesetzt aber, es machte ein römischer Bürger ein Testament, nachher gerieth er in die Gefangenschaft, und starb in selbiger. Jetzt galt sein Testament, weil das Cornelische Gesetz verordnete, daß es gelten sollte, und zur Ursache annahm, der Erblasser sey gleich in dem Augenblicke gestorben, da er gefangen wurde l). Auch alsdenn galt das Testament eines römischen Bürgers,

i) STRYCK caut. test. c. 3. § 46. IDEM in Vtu mod. Pand. Lib. XXVIII. tit. 1. §. 9. de SELCHOW Elem. Iur. Germ. S. 309. der neust. Ausg von 1787.

k) L. 8. pr. D. qui test fac. poss Eius, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit.

l) L. 18. l. 22. pr. §. 1. et 2 D. de capt. et postl. L. 1. §. 1. l. 18. D. ad leg. Falcid.

Bürgers, welches er vor seiner Gefangenschaft gemacht hatte, wenn er auf eine rechtmäßige Weise seine Freyheit wieder erlangt hatte. Nun nahm man an, er sey gar nicht gefangen gewesen [m]). Ein Codicill, welches Jemand in seiner Gefangenschaft machte, galt alsdenn, wenn es sich auf ein Testament bezog, welches vor der Gefangenschaft bereits errichtet worden war. Heutzutage ist von dieser Verordnung des römischen Rechts kein Gebrauch zu machen. Die Kriegsgefangenschaft beraubt Niemanden des Rechts, ein Testament zu machen. Wer in die Hände der Räuber gerathen ist, verliehrt dadurch sein Bürgerrecht nicht, folglich kann er auch testiren [n]). Keinem in der väterlichen Gewalt stehenden Kinde war es nach römischen Rechte erlaubt, ein Testament zu machen. Denn schon die Gesetze der 12 Tafeln hatten verordnet; nur Hausväter sollten das Recht haben zu testiren. Die Ursache lag darin, weil die Kinder nicht auf den alten Volksversammlungen, wo man die Testamente machte, mit erscheinen durften, und sie auch nichts eigenes hatten. Selbst alsdenn war es nicht einmal erlaubt, wenn es ihm auch der Vater erlaubt hatte. Der Vater durfte ihm nichts erlauben, was die Gesetze schlechterdings verboten hatten. Daß das römische Recht in diesem Stück auch bey uns gelte, behaupten die

größten

m) §. 5. Inst. quib. non est perm. fac. test. — Eius, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamuis redierit. Sed quod, dum in ciuitate erat, fecit; siue *redierit*, *valet iure postliminii*; siue illic decesserit, valet ex lege Cornelia.

n) L. 13. pr. D. qui test. fac. poss. Qui a latronibus capti sunt, cum liberi manent, possunt facere testamentum.

größten Rechtslehrer o). Wenn es der Landesregent dem Sohne verstattet, so geht es an: oder wenn der Vater seinen Sohn aus der väterlichen Gewalt losgiebt. Doch ist eine Particularemancipation zu dieser Handlung nicht genug. Der Regel, daß nach dem römischen Rechte p), kein in der väterlichen Gewalt stehendes Kind ein Testament machen dürfe, steht nicht entgegen, daß es einem Sohn alsdenn zu thun erlaubt gewesen, wenn er ein wahres oder uneigentliches Soldatenpeculium hatte. Hier wurde er als ein Hausvater betrachtet. Einige Rechtslehrer haben die Ausnahme auch in Rücksicht auf das außerordentliche adventizische Peculium ausgedehnt, welche Meynung aber von andern mit Recht verworfen wird q). Wenn ein Sohn kein wahres oder uneigentliches Soldatenpeculium besitzt, und gleichwohl ein Testament macht, so bleibt es ungültig, wenn er auch gleich in der Folge von der väterlichen Gewalt frey wird. Hier tritt die Catonianische Rechtsregel ein: Testamente, welche gleich anfangs ungültig waren, können auch in der Folge nicht gültig werden. Zur Strafe ist folgenden Personen, das Recht ein Testament machen zu können, genommen worden. Erstlich wer das Verbrechen des Hochverraths begangen, das heißt, einen feindlichen Anschlag auf die

o) REINHARDT ad CHRISTIN. Vol. IV. Obs. 11. WALCH Introd. in contr. Iur. S. 152.

p) L. 6. pr. D. qui test. fac. poss. — Qui in potestate parentis est, testamenti faciendi ius non habet. Adeo, vt quamuis pater ei permittat, nihilo magis tamen iure testari possit.

q) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 114. VINNIVS ad §. 1. Inst. qui test fac poss. §. 6. STRYCK Caut. test. c. 3. §. 35. COCCEII Ius contr. ad tit. qui test. fac. poss. qu. 5.

die Person des Regenten gemacht hat, darf kein Testament machen. Seine Güther werden confiscirt, wie kann er also Jemanden etwas vermachen. Auch jeder andere, der eine solche Strafe leiden müssen, wodurch der Stand der Freyheit und das Bürgerrecht verloren giengen, konnte kein Testament machen. Hierher gehörten alle diejenigen, welche am Leben gestraft, in Fesseln gelegt, mit Thieren zu kämpfen, in den Bergwerken als Sclaven zu arbeiten, oder nach einer Insel abgeführt zu werden, verurtheilt, oder denen der Gebrauch des Feuers und Wassers untersagt worden r). Die Einziehung der Güther war schon allein hinlänglich, den letzten Willen unzuläßig zu machen. Diese Strafen durften auch an keinem römischen Bürger vollzogen werden, mithin wurde der Verurtheilte in diesen Fällen zuvor seines Bürgerrechts und der Freyheit verlustig, und für einen Sclaven erklärt, und da Sclaven nichts eignes hatten, fielen seine Güther dem Fiscus zu. Justinian schafte die Verurtheilung zu einem öffentlichen Sclaven (seruus poenae) in der 22 Nov. 8 Cap. ab, und in der 139 Novelle endlich auch gewissermassen die Einziehung der Güther. Er verordnete nämlich, wenn der Verbrecher entweder Descendenten, oder Ascendenten vom ersten, zweyten, oder dritten Grade hätte, so solle die Confiscation nicht statt haben. Heutzutage können alle Missethäter gültige Testamente machen, wenn sie nur keinen Hochverrath begangen haben, oder ein solches Verbrechen, womit noch die Confiscation

r) L. 8. §. 4. D. qui test. fac. pos. — Hi vero, qui ad ferrum, aut ad bestias, aut in metallum damnantur, libertatem perdunt, bonaque eorum publicantur. Vnde apparet, amittere eos testamenti factionem.

cation des Vermögens verbunden ist s). Wer den christlichen Glauben verlassen, und ein Jude, Heyde oder Muhamedaner worden ist, soll kein Testament machen t). Dieses darf aber nicht in Teutschland auf den Fall ausgedehnt werden, wenn Jemand seine zeitherigen Religionsgrundsätze, welche im Westphälischen Frieden gebilligt worden sind, verläßt, und sich zu einer andern von den drey herrschenden Religionspartheyen bekennt, z. B. von der protestantischen Religion zur katholischen übergeht. Diese Personen können nach wie vor ein Testament machen. Justinian verboth auch sogar den sogenannten Ketzern, ein Testament zu machen. Man erstaunt, was für eine Menge Ketzer er anführt u). In protestantischen Ländern sind die Ketzer längst ver-

s) SCHILTER Exerc. ad Pand. Ex. 38. th. 28. STRUV Exerc. 32. th. 8. LAVTERBACH Coll. theor. pract. ad tit. qui test. fac. pos. §. 28. COCCEII Ius contr. tit. qui test. fac. pos. quaest. 4. MENCKE Diss. de testam. damn. ad mort. in Coll. Disp. n. 12.

t) L. 3. C. de Apostat. — Hi qui sanctam fidem prodiderunt, et sanctum baptisma haeretica superstitione profanarunt, a consortio omnium segregati sint, a testimoniis alieni, *testamenti* (vt ante iam sanximus) *non habeant factionem*, nulli in hereditate succedant, a nemine scribantur heredes.

u) L. 5. C. de haeret. et manich. — Ariani et Macedoniani, Pneumatomachi, Apollinariani, Nouatiani, seu Sabatiani, Eunomiani, Tetraditae, seu Tessarescaedecaditae, Valentiniani, Pauliani, Papinianistae, Montanistae s. Priscillianistae, v. Phryges, v. Pepuzitae, Marcionistae, Borboritae, Messaliani, Euchitae, s. Enthousiastae, Donatistae, Audiani, Hydroparastatae, Tascodrogitae, Batrachitae, Hermogeniani, Photiniani, Paulinistani, Marcelliani, Ophitae, Encratistae, Carpocratitae, Saccophoni, et qui ad imam vsque scelerum nequitiam peruenerunt, Manichaei. —

gessen x), und selbst in aufgeklärten katholischen Provinzen fängt man an, anders zu denken. Wer von der Obrigkeit für einen Verschwender erklärt worden ist, darf kein Testament machen. Aber sein vorher errichtetes Testament gilt, so auch dasjenige, welches er gemacht hat, nachdem er wieder ein besserer Wirth geworden, und ihm die Obrigkeit deswegen die eigne Verwaltung seines Vermögens überlassen hat y). Die Rechtslehrer sind über die Frage nicht einerley Meynung: was die Ursache gewesen, warum Verschwendern die Fähigkeit, ein Testament zu machen, genommen wolden z). Die gemeine Meynung geht dahin, weil sie ihres liederlichen Lebens wegen einem Rasenden gleich gehalten worden, deswegen habe man ihnen das Recht genommen, ein Testament zu machen. Andere berühmte Rechtslehrer führen folgende Ursache an. In dem Gesetz der 12 Tafeln sey verordnet worden, daß Verschwender einen Curator bekommen sollen; da nun Personen, die einen Curator hatten, über ihre Güther nicht disponiren dürfen, so wäre nothwendig dadurch zugleich dem Verschwender das Recht entzogen worden, ein Testament zu machen, indem die ältesten römischen Testamente durch einen Scheinkauf errichtet wurden. Ein Verschwender durfte aber nichts verkaufen, mithin konnte er auch seine Erbschaft vermittelst eines Testaments nicht

x) STRYCK Vsus mod. ad tit. qui test. fac. pos. — §. 61. et in caut testam. c. 3. §. 60.

y) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 115. EIVSDEM Progr. de iure testandi prodigis frustra vind. Hal. 1771. WALCH D. de test. prod. iure germ. inual.

z) Der Herr Domherr Püttmann in den Probab. lib. 2. c. 2. S. 16. RIBEIRA in Obs. Iur. I. 12. in MEERM. THES. Tom V. S. 572. GILDEMEISTER Progr. Obs. var. arg. Obs. 4. Brem. 1778.

nicht verkaufen. Und wenn gleich in der Folge die Testamente durch einen Scheinkauf (per aes et libr.) abgekommen, so habe man dennoch die Sache ferner beybehalten. Daß die Minderjährigen ein Testament machen dürfen, ob sie gleich ebenfalls unter einem Curator gestanden, rühre daher, weil diese Art der Curatel weit später eingeführt worden, als die Curatel der Verschwender, wo man die Testamente durch einen Scheinkauf errichtete [a]). Die 39 Novelle des Kayser Leo erklärt zwar das Testament eines Verschwenders alsdenn für gültig, wenn es vernünftig abgefaßt worden, und nichts verschwenderisches daraus hervorleuchtet, welcher Fall alsdenn eintritt, wenn der Verschwender entweder seine Anverwandten zu Erben eingesetzt, oder für die Armen gesorgt, oder zu Erleichterung der Sclaverey etwas verordnet hat. Aber weder die Leonischen Novellen überhaupt, noch die 39ste allein haben in Teutschland gesetzliche Kraft erhalten, wie die größten Rechtslehrer [b]) behaupten, obgleich andere das Testament des Verschwenders alsdenn für gültig halten, wenn es zum Besten der Anverwandten, oder aus andern guten Absichten gemacht worden [c]). Außer den zeither angeführten Personen darf nach dem römischen Rechte kein Testament machen, wer einem andern in

a) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 116.

b) Der Herr Assessor D. Zepernick in den gelehrten Noten zu der Abhandl. des Becks de Nouell. LEON. S. 133. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 116. STRYCK Vsus mod. ad tit. qui test. fac. poss. §. 12. BRVNNEMANN ad l. 18. D. qui test. fac. poss.

c) BECK de NOV. Leon. S. 133. FABER ad Cod. lib. 5. tit. 38. Def. vn. n. 4. CARPZOV Part. III. Const. 17. Def. 2. SANDE Dec. Fris. lib. 4. tit. 1. Def. 3.

einer Schrift, ein öffentliches Verbrechen vorgeworfen, und deswegen zur Strafe verurtheilt worden [d]). Diejenigen, welche in einem nach dem römischen Rechte verbotenen Grade (Handb. 3 Th. S. 104) geheyrathet hatten, konnten zwar ein Testament machen, aber sie durften ihren aus dieser verbotenen Ehe erzeugten Kindern nichts hinterlassen, noch auch einander selbst nicht [e]). Ein Selbstmörder, wenn er sich aus bösem Gewissen umgebracht, durfte kein Testament machen. Aber alsdenn fand diese Strafe nicht statt, wenn er es aus Leibes- oder Gemüthskrankheit gethan, oder weil er den Meynungen der Philosophen gefolgt war [f]). Nach dem katholischen Kirchenrechte sollen diejenigen zur Strafe kein Testament machen, welche mehr Zinsen genommen haben, als

d) L. 18. §. 1. D. qui test. fac. poss. — Si quis ob carmen famosum damnetur, SCTO expressum est, vt intestabilis sit, ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi.

e) L. 6. C. de sec. nupt. et Auth. incestas C. de secund. nupt. (V. 5.) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 117.

f) L. 2. C. qui test. fac. poss. — Si is, qui te cum vxore tua haeredem scripsit, quando testamentum ordinauit, sanae mentis fuit, nec postea alicuius sceleris conscientia obstrictus, sed *aut impatiens doloris, aut furoris rabie* constrictus, se praecipitem dedit, eiusque innocentia liquidis probationibus commendari potest a te, adscitae mortis obtentu, postremum eius iudicium conuelli non debet. Quod si futurae poenae metu, voluntaria morte supplicium anteuerterit, ratam voluntatem eius conseruari leges vetant. L. 6. §. 7. D. de ini. rupt. — Eorum, qui mori magis, quam damnari, maluerint ob conscientiam criminis, testamenta irrita Constitutiones faciunt, licet in ciuitate decedant. *Quod si quis taedio vitae, vel valetudinis aduersae impatientia, vel iactationis, vt quidam Philosophi:* in ea causa sunt, vt testamenta eorum valeant.

als es erlaubt ist g). So verbietet auch das römische Recht den Mönchen ein Testament zu machen, denn sie besitzen nichts eigenthümliches. Doch wird es auch diesen verstattet, wenn sie von ihren Obern Dispensation erlangt haben. Die übrigen geistlichen Personen, z. B. Domherren, können allerdings über ihr Vermögen ein Testament machen, wenn es auch von ihrer Präbende herrühren sollte h). Unter die Anzahl derjenigen Personen, welche kein Testament machen können, gehören auch die im höchsten Grade Betrunkenen und Zornigen, weil sie in diesem Zustande den Gebrauch ihres Verstandes nicht haben. Diese Fälle werden aber wohl nicht sehr vorkommen. Sollte Jemand aus Widerwillen gegen Jemanden ein Testament gemacht haben, so darf hier nicht gesagt werden, daß dieses Testament deswegen nicht gelte, weil kein Zorniger ein Testament machen könne i). Wer durch Gewalt, List, oder Betrug zur Errichtung eines Testaments veranlaßt worden ist, dessen Testament gilt nicht, weil man nicht sagen kann, der Erb-

g) C. 2. in fin. de vsur. in 6to. Der Herr Ordinarius und Appellationsrath Wiesand in seinen kleinen Schriften S. 119.

h) G. L. BOEHMER Princ. Iur. can. S. 411. edit. nou. an. 1785. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 117. NOV. 5. c. 5. — Illud quoque decernimus: qui in *monasterium* introire voluerit, *antequam* monasterium ingrediatur, licentiam habere, suis vti, quo voluerit modo. Ingredientem namque simul sequuntur omnino res, licet non expressim, qui introduxerit, eas dixerit, et *non erit* dominus earum vlterius vllo modo.

i) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 111. DEINLIN de testamento irati validi. Westphals rechtl. Beurtheilung einer in der Hitze des Zorns unternommenen Handlung.

lasser habe seinen freyen Willen gehabt k). Freundschaftliche Vorstellungen und Bitten schaden nichts, sondern sind erlaubt (S. 272). Dieser Fall tritt besonders oft unter Ehegatten ein, daß der eine den andern bewegt, zu seinem Besten, und zum Nachtheil der Anverwandten ein Testament zu machen. Dagegen kann nichts gesagt werden l). Sollte aber ein Ehegatte, die unbilligste Härte, anstatt eines gefälligen Betragens gegen den andern bewiesen haben, so gilt eine zu seinem Besten gemachte letzte Willensverordnung nichts. Dieses würde z. B. geschehen seyn, weil der überlebende gedroht hat, den Verstorbenen verderben zu lassen, wo er ihn nicht zum Erben einsetzen würde, und es auch durch Entziehung der nöthigsten Pflege gethan hat, u. s. f. Das ist ein widerrechtliches Betragen, es mag von Anverwandten unter einander, oder von fremden Personen geschehen m). Das ungestüme Zudringen muß durch

k) L. 2. D si quis aliqu. test. prohib. — Si quis dolo malo fecerit, vt testes non veniant, et per hoc deficiatur facultas testamenti faciendi: denegandae sunt actiones ei, qui dolo fecerit, siue legitimus heres sit, siue priori testamento scriptus

l) L. 3. D. si quis aliqu. test. proh. — Virum, qui non per vim, nec dolum, quominus vxor contra eum, mutata voluntate, codicillos faceret, intercessserat, sed vt fieri adsolet, offensam aegrae mulieris *maritali* sermone placuerat, in crimen non incidisse respondi: nec ei, quod testamento fuerat datum, auferendum. CRELL D. de sermone maritali cum vxore test. fac. causa ad leg. 3. D. si quis — in Coll. Diss. Vol. V.

m) L. 1, C. si quis aliq. test. proh. — Ciuili disceptationi crimen adiungitur, si testator non sua sponte testamentum fecit, sed *compulsus* ab eo, qui heres est institutus, vel a quolibet alio, quos noluit, scripsit heredes. ZOLLER vtrum testam. import. sollicit. fact. valeat. Lipf. 1768.

durch Anführung der geschehenen Handlungen bewiesen werden, worüber Zeugen abzuhören sind, oder es wird dem Erben der Eyd darüber zugeschoben. Nach dem römischen Rechte durften auch solche Personen, die keine römischen Bürger waren, oder Fremde kein Testament machen, weil man dieses für einen der ersten Vorzüge eines römischen Bürgers hielt. Ja es galt sogar nicht einmal das Testament desjenigen, welcher ungewiß war, ob er auch ein römischer Bürger sey, oder der sich im Ernst für keinen römischen Bürger, oder für keinen freyen Menschen, obgleich irrig hielt n). Wegen Mangel des Bürgerrechts konnten auch ehemals die Freygelassenen, welche Latini Iuniani und dedititii genennt wurden, (Handb. 2 Th. S. 253) kein Testament machen. Die Lateiner genossen zwar die Vorrechte eines römis. Bürgers in Rücksicht auf Handlungen unter Lebendigen, aber Testamente konnten sie nicht machen o). Der Mangel des römischen Bürgerrechts war auch die Ursache, daß solche Personen, welche sich als Geißeln bey den Römern befanden, und von einer fremden Nation, vermöge des Friedensschlusses gegeben werden müssen, kein Testament machen konnten p). Ihr Vermögen fiel dem Fiscus zu. Einige Rechtslehrer

n) L. 14. 15. D. qui test. fac. poss. L. 1. pr. de legat. II. l. 1. pr. de legat. III.

o) VLPIAN Fragm. Tit. 20. n. 14. — Latinus Iuniantus, item is, qui dedititiorum numero est, testamentum facere non potest. Latinus quidem, quoniam nominatim lege Iunia prohibitus est: is autem qui dedititiorum numero est, quoniam nec quasi ciuis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae ciuitatis est, vt aduersus leges ciuitatis suae testetur.

p) L. 11. D. qui test. fac. poss. — Obsides testari non possunt, nisi eis permittatur. L. 31. D. de Iure fisci.

lehrer haben behauptet, es sey dieses in Ansehung solcher Geißeln verordnet gewesen, welche die Römer ihren Feinden gegeben. Diese Meynung widerlegt sich von selbst dadurch, daß die Römer nicht so weit gebracht werden konnten, Geißeln zu geben, sondern sie verlangten nur welche. Bisweilen ertheilte man den Geißeln einer fremden Nation das Privilegium, ein Testament zu machen q). Dieses wird hinlänglich seyn, diejenigen Personen, welche nach dem römischen Rechte kein Testament machen durften, kennen zu lernen; und nun ist es auch nicht mehr sogar schwer, zu bestimmen, wer ein Testament machen kann. Die Rechtslehrer sagen: heutzutage kann ein jeder, der den richtigen Gebrauch seines Verstandes hat, und seine Willensmeynung verständlich zu erklären im Stande ist, ein Testament machen, wenn es ihm nicht durch ein besonderes Gesetz untersagt ist. Was dieses Verboth anbetrift, so gilt bey uns der Regel nach alles das, was zeither aus dem römischen und canonischen Rechte darüber angeführt ist. Doch ist es nach teutschen Rechten, Leibeignen, Fremden und in die Kriegsgefangenschaft gerathenen allerdings erlaubt, ein Testament zu machen. Selbst bey den Römern galt ein Testament eines Verbrechers, wenn er vor der Verurtheilung im Gefängniß eines natürlichen Todes gestorben war. Ja es galt auch sogar alsdenn, wenn der Verbrecher zwar verurtheilt worden, aber gegen das Endurthel appellirt hatte, und nun starb er vor entschiedner Sache r).

Da

q) Herr Prof. Westphal von Testamenten S. 39.

r) L. 13. §. 2. D. qui test. fac. pos. — Si quis in criminali crimine damnatus appellaverit, et medio tempore, pendente appellatione, fecerit testamentum, et ita decesserit: *valet eius testamentum.*

Da ein abgeordneter Gesandte das Bürgerrecht nicht verliert, so können sie auch ein Testament machen; und da ein Gesandter den Gesetzen des Orts, wo er hinkommt nicht unterworfen ist, so wird seine Fähigkeit zu testiren, auch nur nach dem vaterländischen Rechte beurtheilt s). Die Gemeinschaft der Güther, in welcher der Erblasser lebte, kann ihn der Regel nach nicht hindern, ein Testament zu machen, wenn er sich dieses Rechts nicht durch einen ausdrücklich geschlossenen Vertrag begeben hat t).

§. 3.

Von öffentlichen und Privattestamenten.

Nachdem ich die Frage erläutert habe, wer ein Testament machen kann, und wem es nicht erlaubt ist, so ist eine andere wichtige Frage zu beantworten, wie nach Vorschrift der Gesetze ein Testament errichtet werden muß? Diese Frage ist die wichtigste, in der ganzen Materie von der Erbfolge nach einem Testament. Es ist sehr schwer, in allen Fällen ein gültiges Testament zu errichten. Dazu wird erfordert, daß man alle Handlungen, woraus die Verfertigung eines Testaments besteht, in jedem einzelnen Falle, völlig auf die Art vorgenommen hat, wie sie nach dem Willen der Gesetze geschehen sollen. Diese Handlungen bestehen entweder in der Erbeinsetzung und Bestim-

s) L. 13. §. 1. D. qui test. fac. pos. — Item qui apud externos legatione funguntur, possunt facere testamentum.

t) L. 1. C. qui test. fac. pos. — Quamquam omnium bonorum socer tuus itemque frater eius socii fuerit: tamen non eo minus idem frater eius, cum fati munus impleret, testamento suo potuit sibi heredem instituere quem vellet. Item non ideirco minus is testamenti factionem habet, quod indiuisam successionem cum sorore sua dicatur habuisse.

Bestimmung der Vermächtnisse, oder in der Beobachtung dessen, was bey jeder besondern Art von Testamenten noch außerdem geschehen muß, wenn ein Testament zu Recht beständig seyn soll. Jenes nennen die Rechtslehrer die innerliche Form des Testaments, dieses aber die äußerliche Form. Von der äußerlichen Form will ich zuerst handeln u). Sie ist verschieden, nachdem das Testament entweder ein schriftliches oder mündliches, ein öffentliches oder Privat-Testament, ein privilegirtes oder nicht privilegirtes ist. Ein Testament wird ein schriftliches genannt, wenn der Erblasser seinen letzten Willen geschrieben bekannt macht. Thut er dieses aber nicht, sondern sagt den Inhalt des Testaments persönlich her, so ist dieses ein mündliches Testament. Nachdem die schriftliche oder mündliche Bekanntmachung seines letzten Willens, entweder vor der Obrigkeit geschehen ist, oder bloß in Gegenwart von Privatpersonen, so hat er im ersten Fall ein öffentliches, im letzten aber ein Privat-Testament gemacht. Das Privat-Testament wird wieder eingetheilt in ein feyerliches oder nicht ganz feyerliches (test. priu. solenne et minus solenne). Jenes ist ein solches, wo alle Feyerlichkeiten beobachtet werden müssen, dieses aber dasjenige, wo eine oder mehrere Feyerlichkeiten nicht beobachtet werden. Ich glaube man lernt es am leichtesten einsehen, was zu der äußerlichen Form einer jeden besondern Art der Testamente erfordert wird, wenn man erst weiß, wie ein feyerliches Privat-Testament gemacht werden muß. Die Römer haben nicht immer die nämlichen Feyerlichkeiten, bey der

u) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 72 Westphal von Testam. S. 120. Claproth von Testam. S. 111.

der Errichtung eines Testaments beobachtet x). In den ersten Zeiten des römischen Staats, bis die Gesetze der 12 Tafeln publicirt waren, wurden die Testamente auf den Volksversammlungen gemacht. Wenn das Volk versammelt war, erklärte man öffentlich, wen man zum Erben haben wollte. Der Erblasser bath, wie Gellius erzählt, die Nation um die Bewilligung zur Ernennung seines Erben, fast in den nämlichen Ausdrücken y), deren man sich bey einer Arrogation bediente (Handb. 3. Th. S. 533). Da der Volksversammlungen mehrere Arten waren, nämlich entweder solche, wo sich die Nation nach Curien versammelte, oder nach Centurien, so behaupten die Rechtslehrer z), die Testamente wären auf solchen Volksversammlungen gemacht worden, wo sich die Nation nach Curien versammelte. Sie wurden von den Oberpriestern dirigirt, und auf selbigen wurden die Religionsangelegenheiten bestimmt. Da nun mit der Uebertragung einer Erbschaft zugleich der Familiengottesdienst verändert wurde, so musten eben deswegen die Testamente auf dieser Art von Volksversammlung gemacht werden. Wie das Volk seinen Willen zu erkennen gegeben habe, ob ausdrücklich durch das Stimmegeben,

x) SVMMERMANN Coniect. de origine et progressu testam. ap. Rom. pariter ac German. al. pop. Spec. I. Berol. 1735. 4. THOMASIVS D. de orig successf. test. TRECKEL de orig testam. ap. Rom c. praef. Geb. Edit. II. HEINECCIVS de orig. test. in Opusc. n. 27. de BERNSDORF Anal. hist. ad doctr. de test.

y) Velitis iubeatis Quirites, vt L. Titius L. Valerio tam iure legeque heres sibi siet, quam si eius filius familias proximusue agnatus esset. Haec vti dixi, ita vos Quirites rogo.

z) Herr Prof. Westphal von Testam. S. 124.

geben, oder stillschweigend, läßt sich nicht bestimmen. Summermann behauptet das erstere. Theophilus sagt, die Nation habe sich jährlich zweymal zu dieser Absicht versammelt a). Diese Art sein Testament zu machen, war zu Friedenszeiten gewöhnlich. Wollte aber ein Römer, wenn er gegen den Feind zu Felde lag, seinen Erben ernennen, so durfte er nichts weiter thun, als dieses vor einigen seiner Mitbürger erklären. Diese Testamente werden testamenta in procinctu genannt. Die Benennung kommt her, wie Herr D. Ernesti in seinen Vorlesungen über die römischen Alterthümer sagte, von der Art und Weise, das römische Oberkleid (toga) zu tragen, wenn die Römer sich ins Treffen stellten. Alsdann zogen sie die Toga um die Brust herum sehr scharf an, damit sie desto ungehinderter fechten konnten. Diese Art die Toga im Treffen zu tragen, wurde cinctus Gabinus genannt, und daher ist auch der Name der Soldatentestamente, testamentum in procinctu entstanden b). Weil die Testamente in Volksversammlungen fast auf eben die Art gemacht wurden, wie die Gesetze gegeben wurden, so nennte man sie ebenfalls Gesetze. Diese Art zu testiren, war mit vielen Unbequemlichkeiten verbunden. Der Erb-

a) THEOPHIL. Paraphr. Lib. II. Tit. X. §. 1. — Antiquitus duo testamentorum genera erant, et alterum dicebatur *calatis comitiis*, alterum vero procinctum. Et illud calatis comitiis tempore pacis fiebat, *bis in anno*, hunc in modum. Praeco totam circumibat vrbem conuocans, omnisque populus concurrebat, et qui volebat teste populo testabatur. REITZ ad h. l.

b) Plutarch im Leben des Coriolans schreibt: Mos erat Romanis, vt in acie constituti, et iam manum inferentes clypeis, togamque praecingentes, heredem tribus quatuorue audientibus nuncuparent.

Erblasser muste warten, bis sich die Nation versammelte, und überdieses wurde der Erbe allgemein bekannt. Die Juristen führten endlich nach der Zeit, da die Gesetze der 12 Tafeln gegeben worden, eine neue Art zu testiren ein, welche das Testament durch Wage und Geld (testam. per aes et libram) genannt wurde. Die Gelegenheit war folgende. Auf der 5. Tafel des 12 Tafelgesetzes hieß es: was ein Hausvater verordnet, wie es in Ansehung seiner Verlassenschaft nach seinem Tode gehalten werden soll, dabey soll es bleiben: Pater familias vti legassit super pecunia tutelaue suae rei ita ius esto. Nach diesen Worten war aber keine Form vorgeschrieben, wie jeder Hausvater testiren sollte. Die Rechtsgelehrten führten also eine, von der alten Art zu testiren, abweichende Testamentserrichtung ein; und wählten dazu die Feyerlichkeiten der Mancipation c). Derjenige welcher sein Testament machen wollte, ließ sieben römische Bürger zusammen kommen. Fünfe sollten Zeugen seyn, von dem was vorgegangen war; der sechste hielt eine Wage, und der siebente d) ermahnte die

c) THEOPIL. Paraphr. lib. II. Tit. X. §. 1. — Ideo excogitatum est genus tertium, quod dicebatur per aes et libram, fiebatque per emancipationem. Emancipatio autem est imaginaria venditio, et peragebatur hunc in modum. Aderant quinque testes et libripens, ciues Romani puberes, atque his praesentibus is, qui successor factus erat defuncti, emebat morituri patrimonium, dicens quaedam verba solemnia dabatque pretii imaginarii nomine nummum domino patrimonii, et emens dicebatur familiae emtor, et moriturus porro ordinabat, quid dari oporteret post suam mortem: dicebat enim familiae emtori siue heredi: volo vt huic agrum, illi domum, alii centum aureos des.

d) TRECKEL de orig. testamentif. S. 91. Westphal von Testam. S. 125. WERNHER Obs. T. III. P. I. Obs. 13. n. 185.

die Zeugen zur Aufmerksamkeit auf die vorzunehmende Handlung [e]). Die Errichtung des Testaments bestand nun darin, daß derjenige, welchen der Testator zu seinem Erben bestimmt hatte, ein Stück Geld in die eine Wagschale legte, welches das Kaufgeld für die Erbschaft vorstellen sollte; in die andere Wagschaale aber hatte der Testamentsstifter etwas von seinem Vermögen gelegt. Dabey erklärte der Testator, daß er hiermit sein ganzes Vermögen an den andern verkauft haben wolle. Dieses geschahe alles mündlich, und der Erbe schloß den Scheinkauf selbst [f]). Die ganze Handlung war weiter nichts als eine Feyerlichkeit, und kein wahrer Kauf. Denn die Absicht des Testators war gar nicht, sein Vermögen wirklich zu verkaufen, und solchos bey seinem Leben abzutreten. Weil aber doch die Feyerlichkeiten dabey vorgenommen wurden, welche bey würklichen Veräußerungen, die unter dem Namen der Mancipation bekannt sind, beobachtet werden mußten, mithin diese Art der Testamente wie Contracte aussahen, so hat man viele Grundsätze, welche eigentlich nur bey Contracten anwendbar sind, auf die Testamente übergetragen, ob sie gleich nicht mehr nach der alten Art, vermittelst Wage und Geld errichtet

e) VLPIAN Fragm. Tit. 20. §. 2. — Testamentorum genera fuerunt *tria*. *Vnum*, quod calatis comitiis, *alterum*, quod in procinctu, *tertium*, quod per aes et libram fit, id est, per mancipationem imaginariam, in quo testamento *libripens* adhibetur, *et familiae emtor*, et non minus quam *quinque* testes, cum quibus testamenti factio est.

f) WERNSDORF de familiae emtore ipso herede in testamento per aes et libram.

richtet wurden g). Daraus, daß der Erbe wußte, er bekomme mit der Zeit die Verlassenschaft seines Erblassers, entstanden traurige Folgen. Schlechtdenkende Personen standen ihrem Erblasser nach dem Leben h). Man fieng daher an, nicht mehr den Erben selbst, als den Käufer zu brauchen, sondern eine dritte Person schloß den Kauf, und versprach dabey, dem eigentlichen Erben, welcher im Testament genannt sey, die Erbschaft zu seiner Zeit zu überlassen. Jetzt bediente sich der Erblasser, außer derjenigen Worte, vermittelst welcher der Scheinkauf geschlossen wurde, auch noch anderer, wodurch er seinen letzten Willen erklärte, und welche in folgenden Ausdrücken bestanden: haec, vti in his tabulis, cerisue scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos Quirites, testimonium praebitote i). Dieses Testament war das erste schriftliche Testament bey den Römern. Man schrieb seinen letzten Willen

g) Der Herr Domherr Püttmann in den Probabil. II. 2. und in den Interpr. et Obs. c. 27.

h) THEOPH. Paraphr. lib. II. Tit. X. §. 1. — Quoniam enim familiae emtor idem erat, ac heres, et inde porro sciens, se fore successorem, insidiabatur patrimonii domino, ideo secundum antiquam quidem formam adhibebatur familiae emtor, qui morituri patrimonium imaginarie emebat, sed testator seorsim in tabulis vel in chartis scribebat, quem sibi vellet heredem esse.

i) VLPIAN. Fragm. Tit. 20. §. 9. — In testamento, quod per aes et libram fit, *duae* res aguntur, familiae mancipatio, et nuncupatio testamenti. Nuncupatur testamentum in hunc modum. Tabulas testamenti testator tenens, ita dicit: haec vti in his tabulis cerisue scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor; itaque vos, Quirites, testimonium praebitote. Quae nuncupatio et testatio vocatur.

len auf Pergament, oder auf mit Wachs überzogene Platten. Dieses Testament erforderte wahrscheinlich keine Unterschrift und Besiegelung, weder des Erblassers noch der Zeugen, doch mag die Untersiegelung der Zeugen wohl geschehen seyn; mithin hat sie der Prätor nicht erst erfunden [k]). Nachdem diese Art sein Testament zu machen, einige Zeit gewöhnlich gewesen war, so führte der Prätor eine neue Art zu testiren ein. Er erklärte nämlich durch ein Edict, daß er ein Testament gelten lassen, und den darin ernannten Erben, in den Besitz der Verlassenschaft einsetzen werde, wenn das Testament nur von sieben Zeugen untersiegelt sey. Ob eine Mancipation geschehen sey oder nicht, darauf sahe er gar nicht; sondern es kam nun darauf an, ob ein schriftliches von sieben Zeugen untersiegeltes Testament vorgezeigt werden konnte. Der Natur der Sache nach, konnte der Prätor auf ein mündliches Testament nicht den Besitz zusprechen, sondern der Kayser Gordianus verstattete erst im L. 2. C. de bon. poss. sec. tab. den Besitz der Güther, wegen eines vor 7 Zeugen errichteten mündlichen Testaments [l]). Dieses prätorische Testament war schon zu Ciceronis Zeiten im Gebrauch; doch wurde dadurch die ältere Art, durch Wage und Geld zu testiren, nicht abgeschaft, sondern sie erhielt sich noch bis auf die Zeiten des Ulpians [m]). Sieben Zeugen ver-

k) Treckel de orig. et progr. test. c. 3. §. 43. Bynckershoeck Obs. Iur. III. 21. Westphal von Testam. S. 125

l) de Pufendorf Obs. T. I. Obs. 138. S. 363. edit. alt. Treckel l. c. c. 3. § 44.

m) Vlpian in fragm. T. 28. §. 6. Etiamsi iure ciuili non valeat testamentum, forte quod familiae mancipatio, vel nuncupatio defuit, si signatum testamentum sit

verlangte der Prätor wahrscheinlich deswegen, weil bey einem Testament durch Wage und Geld, sieben fremde Personen zugegen seyn mußten, außer der Person des Erblassers, und des eingesetzten Erben. Unter den Kayfern wurde noch eine andere Art, sein Testament zu machen, eingeführt. Die Kayser Theodosius der jüngere und Valentinian (Handb. 1 Th. S. 540) behielten nämlich von der ältesten Art ein Testament zu machen, wobey Wage und Geld gebraucht wurde, die ununterbrochene Fortsetzung der Handlung (vnit. actus) und von dem prätorischen Testament das Untersiegeln der sieben Zeugen bey. Ueber dieses aber verordneten sie, daß sowohl der Erblasser als die Zeugen das Testament unterschreiben sollten n). Justinian setzte noch hinzu, daß der Name des Erben entweder von dem Erblasser selbst, oder doch von den Zeugen geschrieben werden sollte o). Nunmehro hörten alle vorigen Arten der Testamente auf. Selbst die Besitzertheilung des Prätors, welche er wegen eines vorhandenen Testaments mit sieben Siegeln ertheilte, mußte aufhören, weil die von ihm herrührende Art ein Testament zu machen, nicht mehr galt. Nur wegen solcher Testamente, die nach der neuern Art errichtet worden, und welche wegen einer unnöthigen Subtilität nicht bestehen sollten, verstattete man unter den Kayfern im-

sit non minus quam septem testium, ciuium Romanorum signis, *bonorum possessio* datur.

n) L. 21. C. de testam. in Cod. Iust. et in Cod. Theod. Tom VI. Part. II. S. 29. edit. RITTERI. OTTO ad Institt. S. 244. TRECKEL l. c. S. 54. SALMASIVS de subscript. et signat. test.

o) §. 4. Inst. de test. ord.

mer noch die Besitzertheilung der Erbschaft p). Nachdem ich die Geschichte der Testamente, ihrer äußerlichen Form nach, kurz angeführt habe q), so will ich von den äußerlichen Feyerlichkeiten, welche bey einem solennen Privat-Testamente beobachtet werden müssen, das wichtigste anführen. Sie sind verschieden, je nachdem der Erblasser ein schriftliches Testament errichten will, oder ein mündliches. Ein schriftliches Testament ist dasjenige, wenn der Erblasser in einem bereits fertigen Aufsatze seinen letzten Willen erklärt hat. Zu einem geschriebenen Testamente wird nicht erfordert, daß der Testator es eigenhändig geschrieben, er kann es auch durch einen andern schreiben lassen. Hat er es aber mit eigner Hand geschrieben, so wird ein solches Testament ein selbst geschriebenes (holographum) genennt r); da es hingegen allographum heißt, wenn ein anderer, und nicht der Testator selbst, das Testament geschrieben hat. Justinian hatte zwar in den Institutionen und im Codex verordnet, daß der Testator schlechterdings allemal, wenigstens den Namen des Erben, mit eigner Hand schreiben sollte; oder wenn er nicht schreiben könnte, so sollte ein Testamentszeuge für den Testator den Namen des Erben in das Testament hereinschreiben; er schafte aber diese Verordnung in den Novellen wieder ab s). Er wollte

p) Treckel de origin. testam. l. c. §. 53. Westphal von Testamenten S. 126.

q) Madihn Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 74. Westphal von Test. S. 122. Claproth von Test. S. 3. Höpfner S. 370.

r) Wildvogel D. de testam. holographo reciproco. Dolhoven D. de testam holographo.

s) §. 4. Inst. de test. ord. L. 29. C. de test. Nov. 119. c. 9. — Quia vero ante hanc legem protulimus, vt testator aut manu propria, aut per testes nomina heredum scribat

wollte freylich Betrügereyen vorbeugen, es entstanden aber andere Unbequemlichkeiten daraus. Nach dem neuesten römischen Rechte kann also der Name des Erben mit fremder Hand geschrieben seyn, und es ist dennoch nicht nöthig, ihn den Zeugen oder den Richter bekannt zu machen, damit er von diesen bey ihrer Unterschrift ausdrücklich mit angeführt werde t). Hat der Erblasser sein Testament eigenhändig geschrieben, oder doch wenigstens selbst unterschrieben, so ist es nicht nöthig, daß er es auch in Gegenwart der Zeugen oder des Gerichts noch einmal unterschreibt. Noch weniger ist die Vorlesung des Testaments in diesem Falle nöthig, denn wer wird andere Leute wissen lassen, was man in seinem Testamente verordnet hat. Es ist aber doch ein Vortheil von dem Vorlesen des Testaments vor den Zeugen zu erwarten, welcher darin besteht, daß wenn bey der Unterschrift der Zeugen ein Fehler vorgegangen ist, ein dergleichen Testament nun wenigstens noch als ein mündliches Testament gilt, wenn nur die übrigen Feyerlichkeiten beobachtet worden, welche zu einem solchen Testament erfordert werden u). Wenn das Testament nicht von

scribat in testamento: agnouimus autem, ex huiusmodi subtilitate plurima testamenta destructa, testatoribus non valentibus huiusmodi custodire subtilitatem, aut forsitan nolentibus scire aliquos suam voluntatem: iubemus licentiam quidem esse volentibus hoc seruare in propriis testamentis. Si enim hoc non obseruant, sed secundum pristinam consuetudinem testentur, etiam sic firmum testamentum esse sancimus: siue per se aliquis, siue per alterius personam nomen heredis inscripserit, si omnino reliquam legitimam obseruationem in testamento testatoris obseruauerit.

t) de PVFENDORF Obs. Iur. vn. Tom. III: Obs. 5. S. 13.

u) Arg. l. 3. D. de test. milit. Claproth von Test. S. 118.

dem Testator selbst geschrieben worden ist, so muß er es schlechterdings in Gegenwart der Zeugen unterschreiben. Nach den Gesetzen ist es genug, wenn der Testator seinen Vor- und Zunamen nur am Schluß des Testaments hinzusetzt. Man pflegt es aber doch lieber auf allen Seiten zu thun, und zwar deswegen, damit nicht etwa eine Seite herausgenommen, und eine andere herein geheftet oder gelegt wird. Wenn der Testator sein Testament nicht selbst unterschreiben kann, weil er entweder nicht schreiben gelernt hat, oder durch eine Krankheit daran gehindert wird, so muß noch der achte Zeuge dabey seyn, und dieser unterschreibt sodann das Testament für den Erblasser, ohngefähr mit folgenden Worten: J. C. Friedrich in des Herrn Testators Namen x); den Namen des Erblassers ganz allein darf er nicht schreiben (S. 309). Wenn der Erblasser gar nicht geschriebenes lesen kann, muß das zu Papier gebrachte Testament ihm und den Zeugen vorgelesen werden, welche Vorlesung von dem achten Zeugen, der für den Erblasser unterschreiben soll, entweder selbst geschehen soll, oder er muß wenigstens mit hereinsehen, und Acht geben, ob alles so niedergeschrieben sey, wie es vorgelesen wird. Hierauf muß der Testator mündlich, in Gegenwart aller Zeugen, ausdrücklich erklären, daß das, was ihm jetzt vorgelesen worden, sein letzter Wille sey. Die Untersiegelung des Erblassers ist so wenig im römischen Rechte anbefohlen, als die Bemerkung des Tages und Jahres, wenn das Testament verfertigt worden. Doch pflegt beydes zu geschehen, um Betrug zu vermeiden,

x) STRYCK D. de iure ἀναλφαβητων in Diss. Franc. Vol. III. n. 15. WIESEN de subscriptione testatoris per cruces Wirc. 1778.

meiden, und damit man sieht, welches Testament älter oder jünger ist y). Ein Testator, welcher schreiben und lesen kann, schlechterdings aber kein Blinder, oder ein solcher, der nicht lesen gelernt hat, kann sein Testament auch in einen Umschlag oder Couvert gelegt, den Zeugen vorlegen, damit sie ihre Namen auf das Couvert schreiben sollen. In diesem Falle muß aber der Testator in Gegenwart der Zeugen auf den Umschlag mit eigner Hand die Worte schreiben: hierin ist mein letzter Wille, nebst seinem Namen, worauf sodann die Zeugen ihre Namen hinter einander weg, dazu schreiben und ihre Siegel vordrücken müssen z). Die Sprache, worin Jemand ein schriftliches Testament macht, und das Formular dessen er sich bedienen will, ist willkührlich. Nur muß es mit Buchstaben und nicht mit Charakteren geschrieben seyn. Die Zahlen mit Ziffern zu schreiben, ist zwar nicht verboten; es ist aber doch nicht rathsam a). Auch die Materie worauf er schreiben will, ist gleichgültig. Die Römer schrieben ihre Testamente sehr oft auf hölzerne Blätter, die ganz dünne mit schwarzem Wachs überzogen worden, so daß man mit dem Schreibgriffel, indem man ihn umdrehte, die Buchstaben in das Wachs eingrub, und die weiße Tafel hervorleuchtete. Sie schrieben auch die Testamente

y) MODEST. Reg. lib. 3. de lib. et de test. in SCHVLT. Iurispr. antei. S. 801. — Cum in testamento dies et consules, adiecti non sunt, non nocet, quo minus valeat testamentum.

z) L. 22. §. 7. D. qui test. fac. pos. — Signatas tabulas accipi oportet, et si in *linteo*, *quo tabulae involutae* sunt, signa impressa fuerint. LVDOVICI de inuolucro test. G. L. BOEHMER de test. sign. et a testib. in inuolucro subscr. vi et auct. in Elec. iur. ciu. T. 1. S. 49.

a) MÜLLER ad STRVV Exerc. 32. th. 10. lit. E.

auf chartam deletitiam, oder οπισθογραφος, wenn man nur alles lesen konnte, was geschrieben war. Was charta deletitia gewesen, darüber haben sich die Rechtslehrer noch nicht vereinigt [b]). Einige sagen, es sey eine solche Schreibmaterialie gewesen, von der man die Schrift mit einem Schwamme habe weglöschen können. Andere z. B. Heineccius behaupten, es heiße so viel, als ein Pergament, oder Papier, worauf vorher schon etwas gestanden hat, das aber wieder verwischt oder weggekratzt worden. Οπισθογραφος charta war solches Papier oder Pergament, dessen eine Seite schon mit etwas anderm beschrieben war [c]). Wenn in einem Testament etwas ausgestrichen, oder zwischen die Zeilen hinein geschrieben worden, so schadet diese Correctur der Gültigkeit des Testaments dennoch nicht [d]). Das römische Recht bestimmt nichts, ob man das Testament auf Pergament oder etwas anders schreiben soll. Daher ist jede Materie gleich gut, worauf der letzte Wille des Testators deutlich und verständlich geschrieben worden [e]). Nach verschiednen Landesgesetzen müssen

b) Der Herr geheime Tribunalrath Höpfner über die Institut. S. 383.

c) TEXTOR D. de opistographo, in Diss. acad. P. 1. S. 426.

d) L. 12. C. de testam. — Si vnus de septem testibus defuerit, vel coram testatore omnes eodem loco testes suo vel alieno annulo non signauerint: iure deficit testamentum. De his autem, quae interleta siue supra scripta dicis, non ad iuris solennitatem, sed ad fidei pertinent quaestionem: vt appareat, vtrum testatoris voluntate emendationem meruerint, vel ab altero inconsulte deleta sint, an ab aliquo falso haec fuerint commissa.

e) §. 12. Inst. de test. ord. — Nihil autem interest, testamentum in tabulis an chartis membranisue, vel in alia materia fiat.

sen die Testamente auf Stempelpapier geschrieben werden, und wenn dieses bey Androhung der Nichtigkeit des Testaments befohlen ist, so gilt auch das ganze Testament nicht, wenn es nicht auf das gehörige Stempelpapier geschrieben worden. Kann der Erblasser sein Testament nicht auf allen Seiten unterschreiben, weil er zu krank ist, oder weil er es nicht will, so kann auch dadurch allem Verdacht gegen die Herausnehmung eines Blattes aus dem Testament, vorgebeugt werden, daß ein aus mehrern Blättern bestehendes Testament, mit einem nicht zusammengeknüpften Faden geheftet, und das Siegel auf beyde Enden gedrückt wird f). Damit nicht etwa von demjenigen, der das Testament abgeschrieben hat, in der Folge etwas dazu geschrieben werden möge, pflegen manche Erblasser ihr Testament auf allen Seiten in Linien einzuklammern. Ausser den zeither angeführten Stücken, gehört zu einem schriftlichen, feyerlichen, Privat-Testamente, daß es von den dazu aufgeforderten sieben Zeugen unterschrieben, und untersiegelt werde g). Hier ist die erste wichtige Frage, wer bey einem Testament als Zeuge gebraucht werden könne? Es muß bey Beantwortung der Frage ein Unterschied gemacht werden, zwischen der Glaubwürdigkeit eines Zeugen, und der Fähigkeit desselben. Es kann Jemand glaubwürdig seyn, das heißt, man kann alle Ursachen haben, seiner Behauptung Glauben beyzumessen, und dennoch ist er nicht

f) Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze 2 Th. S. 597.

g) L. 22. §. 4. D. qui test. fac. poss. — Si quis ex testibus nomen suum non *adscripserit*, verum tamen *signauerit:* pro eo est, atque si adhibitus non esset. Et si (vt multi faciunt) *adscripserit* se, non tamen *signauerit:* adhuc idem dicemus.

fähig, als Zeuge bey der Errichtung eines Testaments gegenwärtig zu seyn. Folgende Personen können nach dem römischen Rechte bey einem solennen Testament nicht zu Zeugen genommen werden: Frauenzimmer, Unmündige, Taube, Stumme, Rasende und Wahnwitzige, Sclaven, von der Obrigkeit für Verschwender erklärte [h]), diejenigen, welche wegen eines öffentlichen Verbrechens bestraft worden, und überhaupt alle Ehrlose [i]). Ferner darf der Erbe selbst, nicht unter den Zeugen seyn, denn er und der Erblasser werden für eine Person gehalten. Könnte er also Zeuge seyn, so wäre es eben so, als wäre der Erblasser selbst Zeuge. Ueberdieses wollten die Römer, wegen der vielen heimlichen Ermordungen des Erblassers, den Inhalt des Testaments, als das strengste Geheimniß beobachtet wissen. Auch weder der Vater, noch der Sohn des Erben, oder des Testators dürfen bey keines von beyden Testamente Zeugen seyn. Diese Personen werden alle für eine Person mit dem Erblasser gehalten, folglich wäre es wieder eben so, als wären sie in ihrer eignen Sache Zeugen [k]). Aber die Verwandtschaft der

Zeugen

h) §. 6. Inst. de test. ord. — Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mutus, neque surdus, neque is, cui bonis interdictum est, neque ii, quos leges iubent, improbos intestabilesque esse, possunt in numerum testium adhiberi.

i) L. 20. §. 5. qui test. fac. pos. — Eum qui lege repetundarum damnatus est, ad testamentum adhiberi (non) posse existimo: quoniam in iudicio testis esse vetatur.

k) §. 9. Inst. de test ord. — In testibus autem non debet esse is, qui in *potestate testatoris* est. Sed si filius familias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte adhibetur testis, nec is, qui in potestate eiusdem patris est. Reprobatum est enim in

ea

Zeugen unter einander schadet nichts, mithin kann ein Vater mit seinen sechs Söhnen Zeugen seyn. Auch der im Testament ernannte Vormund, und derjenige, dem ein Vermächtniß darin ausgesetzt worden, können Zeugen bey dem Testament seyn, das zu ihrem Vortheil gemacht ist [1]). Gothofredus behauptet, der Libonianische Rathsschluß habe den Legatarien untersagt, Zeugen im Testament zu seyn, weil sie gewissermassen in die Rechte des Erblassers treten, und folglich Zeugen in ihrer eignen Sache wären. Nach der Meynung des Hotomans ist der Jurist Scävola erst wieder von dieser Verordnung abgegangen. Beyde Meynungen sind aber unerweislich. Faber ist ebenfalls der Meynung, wegen der 1 Nov. Cap. 1. dürfe man die Zulässigkeit der Legatarien nicht annehmen, weil Justinian das ältere Recht der Institutionen und der Pandecten daselbst aufgehoben habe. Diese Behauptung gründet sich aber auf weiter nichts, als darauf, daß sie Justinian in der Novelle, Nachfolger in den Rechten des Erblassers (luccels. iur.) nennt. Dieses Argument ist aber

ea re domesticum testimonium. §. 10. eod. Sed neque *heres* scriptus neque is qui in eius potestate est, neque pater eius, qui eum habet in potestate, neque fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt, quia hoc totum negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem et heredem agi.

l) L. 22. pr. D. qui test. fac. pos. — Ad testium numerum simul adhiberi possumus: vt: ego et pater: et plures, qui fuimus in eiusdem potestate. L. 20. pr. D. eod. Qui testamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest. Quod in *legatario* et eo, qui *tutor* scriptus est, contra habetur. Hi enim testes possunt adhiberi, si aliud eos nihil impediat: vtpote si impubes, si in potestate testatoris sit.

aber sehr schwach, denn sie treten nicht in solche Rechte, welche der Erbe hat m). Nachdem ich die Personen, welche nicht Zeugen bey einem Testament seyn können, angeführt habe, muß ich noch verschiedenes über die Ursachen bemerken, warum diesen Personen das Zeugeseyn verboten ist. Frauenzimmer konnten bey den Römern deswegen nicht als Zeugen bey der Errichtung eines Testaments gebraucht werden, weil sie nicht auf den Volksversammlungen mit erscheinen konnten, und in den ältesten Zeiten auch bey andern Gelegenheiten nicht einmal Zeugniß ablegen durften n). Warum Knechte nicht Zeugen seyn können, ist leicht einzusehen. Die Zeugen sollten lauter römische Bürger seyn, die selbst das Recht hatten ein Testament zu machen. In Teutschland haben die ältern Rechtslehrer, die Verordnung des römischen Rechts in diesem Stück, auch auf unsere Leibeigne angewendet, und sprechen ihnen die Fähigkeit, Zeugen bey einem Testament zu seyn, ab, weil es selbst in der Notariatsordnung §. 7. von Testamenten heiße: die Zeugen müßten von der Leibeigenschaft frey seyn. Allein neuere Rechtslehrer o) behaupten, da unsere Leibeigne an den mehresten Orten berechtigt sind, über ihr Vermögen zu testiren, so

könnten

m) Westphal von Testament. S. 141. Faber de error. pragm. D. 66 Er. 3. Otto ad Instit. S. 249. Walch Intr. in controu. S. 234. Rebhan paralip. Meier Dec. 3. qu. 9.

n) L. 20. §. 6. D. qui test. fac. poss. — Mulier testimonium dicere in testamento quidem *non* poterit: alias autem posse testem esse mulierem, argumento est lex Iulia de adulteriis, quae adulterii damnatam testem produci, vel dicere testimonium vetat. Gellius L. 6. c. 7.

o) Freyherr von Cramer in den Wetzlar. Nebenst. 2 Th. Nr. 2. Stryck Vsus mod. Lib. XXVIII. Tit. 1. §. 17. Madihn Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 80.

könnten sie auch bey eines andern Leibeigenen seinem Testamente Zeugen seyn; aber schlechterdings nicht, bey dem Testament ihres Herrn oder eines andern Freygebohrnen. Weil es unter den Römern anfangs Freygelassene gab, die Latini Iuniani genennt wurden, und unter gewissen Umständen ein Testament machen konnten, so konnten sie auch Zeugen bey einem Testamente seyn p). Wenn Rasende und Verstandlose bisweilen den völligen Gebrauch ihrer Vernunft haben, so können sie in dieser Zeit Zeugen bey einem Testamente seyn; werden sie aber, nach Verfertigung des Testaments erst rasend, da sie vorher immer verständig gewesen sind, so schadet dieses dem Testamente nichts. Es ist oben S. 314 gesagt worden, daß Personen, die wegen eines öffentlichen Verbrechens bestraft worden, bey einem Testament nicht Zeuge seyn können. Dazu gehörten auch diejenigen, welche in den Provinzen bey ihren Amtsverrichtungen Erpressungen vorgenommen, und daher nach dem Julischen Gesetz von Erpressungen bestraft worden waren, wie das in der Note i) angeführte Gesetz sagt. Eben diese Strafe traf auch solche Personen, die man wegen eines Pasquills verurtheilt hatte q). Einige Rechtslehrer behaupten, ein römischer Bürger, welcher deswegen bey keinem Testament Zeuge seyn dürfen, weil er wegen eines begangnen Verbrechens verurtheilt worden, sey überhaupt intestabilis genennt worden. Andere behaupten hingegen

p) VLPIAN Tit. 20. §. 8. Latinus Iunianus et familiae emtor et testis et libripens fieri potest, quoniam cum eo testamenti factio est.

q) L. 18. §. 1. D. qui test. fac. pos. — Si quis ob carmen famosum damnetur: Senatusconsulto expressum est, vt intestabilis sit. Ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi.

gen mit dem Theophilus, in testabiles habe man solche Personen genennt, welche zu Zeugen gebraucht worden, und gleichwohl leugneten sie es in der Folge aus Bosheit, daß sie Zeugen gewesen r). Verschiedene Rechtslehrer behaupten, jede Verbindung des Zeugen mit dem Erben, mache schon eine Unfähigkeit zum Zeugniß bey einem Testamente. Aber weder die römis. Gesetze, die in der Note k) angeführt worden, sagen es, noch auch die Notariatsordnung, wo es §. 6. von Testam. heißt: auch die, so in Gewalt des Testirers, item, einer der in demselben Testament Erb geschrieben, oder der mit demselben in eines andern Gewalt wäre, können nicht Zeugen bey einem Testament seyn s). Eine sehr bestrittene Frage ist es, ob ein Blinder als Zeuge bey einem Testament gebraucht werden könne. Weil wir kein Gesetz haben, welches diese Frage bloß bejahet oder verneinet, so haben die Rechtslehrer einander gerade entgegen gesetzte Meynungen angenommen. Einige t) sagen, ein Blinder kann Zeuge seyn, andere u) behaupten, er könne es nicht seyn. Die ganze Streitfrage beruht auf einem etwas undeutlichen Gesetze x), und auf Gründen, welche auf die Natur des Zeugnisses bey Testamenten gebaut sind. Es kommt

r) Herr Prof. Westphal von Testam. S. 134.

s) Strubens rechtl. Bedenk. 3. Th. 90 Bed. S. 327.

t) LAVRICH sub. Praes. Illust. SCHOTT D. de coec. idoneo in test. teste. Lipf. 1773. Lehr ob ein Blinder bey Testamenten Zeuge seyn könne. Gießen 1788.

u) PERILL. KOCH Progr. de consp. testator. Giess. 1775.

x) L. 6. C. de test. — Si non speciali priuilegio patriae tuae iuris obseruatio relaxata est, et testes *non in conspectu testatoris* testimoniorum officio functi sunt: nullo iure testamentum valet.

kommt alles darauf an, was die Worte: in conspectu testatoris, nach dem richtigen Sprachgebrauch der damaligen Zeiten, anzeigen sollen. Anstatt sich damit zu beschäftigen, wie der eigentliche Sinn dieser Worte, durch die Anwendung der grammatischen Auslegungskunst herausgebracht werden kann, haben sich die Rechtslehrer mit der schönen logischen Interpretion beschäftigt, wo sich freylich viel räsoniren läßt (Handb. 1. Th. S. 85). Sie fragen y): bedeutet conspectus bloß die Gegenwart, oder den eigentlichen Anblick? Jemand kann mir gegenwärtig seyn, ohne daß wir uns sehen, z. B. weil es stockfinster ist. Nimmt man es für den Anblick, so fragt sich weiter, heißt es, der Testator muß die Zeugen sehen, oder die Zeugen müssen ihn sehen, oder endlich, sie müssen beyde einander sehen? Wenn der Testator z. B. hinter einem Vorhange liegt, und durch eine Spalte sieht, so kann er zwar die Zeugen sehen, aber sie ihn nicht. Ist der Testator blind, so sehen ihn die Zeugen zwar, aber er sieht die Zeugen nicht. Man bemerke also folgendes. So viel ist gewiß, der Testator braucht die Zeugen nicht zu sehen, denn es darf ja auch ein Blinder ein Testament machen, wie wir oben S. 283 gesehen haben. Ob aber ein Blinder bey einem mündlichen Testamente Zeuge seyn könne, das ist die einzige hierher gehörende Frage. Daß ein mündliches Testament, wo alle sieben Zeugen blind gewesen, bestehen könne, ist wohl nicht zu behaupten, wenn man nach vernünftigen Auslegungsregeln zu Werke geht. Der Verdacht eines Betrugs ist zu groß. Herr Lehr in der angeführten Schrift behauptet es jedoch. Sei-

ne

y) Höpfners Comment. über die Inst. S. 379. der Ausg. von 1790.

ne Gründe sind folgende: 1) heiße es einmal in Gesetzen, wer ein Testament machen darf, kann auch Zeuge dabey seyn, 2) sey es in keinem Gesetz ausdrücklich verbothen, 3) könnten die sieben blinden Zeugen ja alles leisten, was die Gesetze von Testamentszeugen fordern. Dieser Fall wird aber gewiß nicht vorkommen. Wenn aber entweder nur einer, oder zwey blind gewesen, und wenigstens zwey Zeugen sehen können, so behaupten Herr Laurich, und der Herr geheime Tribunalrath Höpfner, das Testament bestehe; denn das angeführte Gesetz rede, wie der Zusammenhang zu erkennen gebe, bloß von schriftlichen Testamenten, und von diesen werde verordnet, die Zeugen sollten vor dem Testator, daß er zusieht, sein Testament unterschreiben. Darauf antworten aber die Gegner z), der Grund, warum Blinde auch bey einem mündlichen Testamente nicht Zeugen seyn können, denn von einem schriftlichen versteht sichs von selbst, liegt ohnstreitig darin, daß kein Betrug vorgehen soll, denn die blinden Zeugen können ja nicht sagen, ob der Testator seinen Willen erklärt hat, oder ein anderer für ihn. Wenn nun die übrigen Zeugen, welche sehen konnten, gestorben sind, wie kann man sich denn bloß auf ihre Aussage, was sie gehört haben, allein verlassen. Da die Gesetze bey der Fähigkeit der sieben Zeugen alles so erstaunend genau nehmen, wie läßt sich denn hier mit Grunde eine Abweichung annehmen. Warum muß denn der achte Zeuge dazu genommen werden, wenn ein Blinder ein schriftliches Testament machen will. Es kann doch allemal der größte Zweifel gegen die Gewißheit des Willens des Testators, worauf alles

ankommt,

z) WALCH Introd. in controu. S. 214. Herr Prof. Westphal von Testamenten. S. 132.

ankommt, erregt werden. Man läßt ja ein Testament nicht gelten, wenn die Zeugen den Erblasser deswegen nicht sehen, weil es finster im Zimmer ist, oder weil er hinter einem Vorhange, oder einer spanischen Wand befindlich ist [a]). Es kann der Fall eintreten, daß Jemand das Testament geschrieben hat, und nun wird er auch zum Testamentszeugen gebraucht. Hier fragt sichs, ob dieses angehe? Da weder durch diese Handlung eine Einheit der Person mit dem Erben oder Erblasser entsteht, noch es auch im römischen Rechte verboten ist, sondern vielmehr erlaubt wird [b]), so geht es allerdings an, wenn nicht andere Hindernisse eintreten. Dergleichen Hindernisse würden seyn, wenn der Abschreiber des Testaments gar nicht die Fähigkeit hat, Zeuge bey einem Testament seyn zu können, z. B. ein Frauenzimmer hätte das Testament geschrieben, oder ein Sclave. Ferner muß der Abschreiber des Testaments, dasselbe bey der würklichen Testamentserrichtung als Zeuge unterschrieben und untersiegelt haben. Dieser Umstände wegen konnte der Jurist Domitius Labeo allerdings Ursache haben, bey einem solchen Falle bedenklich zu seyn, und er frug deswegen einen andern Rechtsgelehrten seiner Zeit, Juventius Celsus, ob denn derjenige, der ersucht worden, das Testament

zu

a) Höpfners Commentar über die Instit. S. 380.

b) L. 27. D. qui test. fac. poss. — *Domitius Labeo Celso suo salutem.* Quaero an testium numero habendus sit is, qui cum rogatus est ad testamentum scribendum, idem quoque cum tabulas scripsisset, signauerit. *Iuventius Celsus Labeoni suo salutem.* Aut non intelligo, quid sit, de quo me consulueris; aut valde stulta est consultatio tua. Plus enim, quam ridiculum est, dubitare, an aliquis iure testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas testamenti scripserit.

zu schreiben, bey diesem Testament hernachmals auch zugleich als Zeuge gebraucht werden könne? Der Zweifel des Labeo entstand daher. Zum Wesen der Gegenwart eines Testamentszeugen ist schlechterdings erforderlich, daß er ausdrücklich ersucht werden muß, Zeuge bey einem Testamente zu seyn. Von dem Testamentsabschreiber aber wird bloß verlangt, das Testament niederzuschreiben. Nun fragte sichs, ob der Auftrag zum Niederschreiben des Testaments, auch die Stelle des Ersuchens zum Unterschreiben und Untersiegeln mit in sich fasse? Da bey der Beobachtung ausdrücklich vorgeschriebener Förmlichkeiten alles ganz genau geschehen muß, wenn keine Nichtigkeit entstehen soll, so war die Anfrage des Labeo gewiß nicht so unbedeutend c). Gleichwohl antwortete der Jurist Juventius Celsius im Matrosentone darauf: entweder sehe ichs nicht ein, was in der mir vorgelegten Frage bedenkliches liegt (aut non intelligo quid sit, de quo me consulueris); dieses mochte wohl der Fall seyn, schreibt Herr Hofrath Claproth; oder, fährt der Jurist fort, die Anfrage ist sehr abgeschmackt (aut valde stulta est consultatio tua). Und nun noch eine Grobheit wenn Celsus sagt: es ist mehr als lächerlich, deswegen an der Fähigkeit eines Testamentszeugen zweifeln wollen, weil er zugleich das Testament geschrieben hat (plus enim quam ridiculum est dubitare, an aliquis iure testis adhibitus sit, quoniam idem tabulas testamenti scripserit). Der Zeuge, über dessen Fähigkeit Labeo Bedenken trug, war ja nicht zum Zeugen, sondern nur zum Niederschreiben des

c) Der Herr Hofrath Claproth von Testam. S. 115. Höpfners Comment. über die Instit. S. 382. Westphal von Testament. S. 143.

des Testaments verlangt worden. In der Folge entschied der Kayser Justin völlig nach dem Zweifel des Labeo, wenn er im L. 8. C. qui test. fac. poss. verordnete, der Notarius, oder achte Zeuge, welcher das Testament niedergeschrieben, sollte nicht mit unter die sieben Zeugen gerechnet werden. Dieser Fall hat übrigens Gelegenheit gegeben, daß man noch heutzutage alle alberne Fragen, quaestiones Domitianas nennt, und grobe Antworten responsiones Celsinas. So viel von den Eigenschaften desjenigen, der als Zeuge bey Testamenten gebraucht werden kann. Die Zeugen müssen alle in Gesetzen bestimmte Eigenschaften zu der Zeit an sich haben, wenn das Testament gemacht wird [d]). Sollte also mit den Zeugen, nach gemachtem Testament eine Aenderung vorgehen, welche sie von Anfange zur Ablegung des Zeugnisses unfähig gemacht hätte, so schadet dieses der Gültigkeit des Testaments nichts. Selbst alsdann gilt ein Testament, wenn ein Zeuge dabey gewesen, der würklich schon damals nicht Zeuge seyn konnte, man wuste das aber nicht, sondern hatte alle Ursache, ihn für fähig zu halten; z. B. es wäre einer von den Zeugen ein Sclave gewesen, man hielt ihn aber für frey; so besteht das Testament dennoch [e]). Es ist nicht genug, daß man bloß fähige Zeugen zur Errichtung eines schriftlichen Testaments nimmt, sondern es müssen ihrer auch wenigstens sieben an der Zahl dazu genommen werden;

d) L. 22. §. 1. D. qui test. fac. poss. — Conditionem testium tunc inspicere debemus, cum signarent, non mortis tempore. Si igitur tunc, cum signarent, tales fuerint, vt adhiberi possint; nihil nocet, si quid postea eis contigerit.

e) §. 7. Inst. de test. Westphal von Testamenten. S. 144.

fähig, als Zeuge bey der Errichtung eines Testaments gegenwärtig zu seyn. Folgende Personen können nach dem römischen Rechte bey einem solennen Testament nicht zu Zeugen genommen werden: Frauenzimmer, Unmündige, Taube, Stumme, Rasende und Wahnwitzige, Sclaven, von der Obrigkeit für Verschwender erklärte [h]), diejenigen, welche wegen eines öffentlichen Verbrechens bestraft worden, und überhaupt alle Ehrlose [i]). Ferner darf der Erbe selbst, nicht unter den Zeugen seyn, denn er und der Erblasser werden für eine Person gehalten. Könnte er also Zeuge seyn, so wäre es eben so, als wäre der Erblasser selbst Zeuge. Ueberdieses wollten die Römer, wegen der vielen heimlichen Ermordungen des Erblassers, den Inhalt des Testaments, als das strengste Geheimniß beobachtet wissen. Auch weder der Vater, noch der Sohn des Erben, oder des Testators dürfen bey keines von beyden Testamente Zeugen seyn. Diese Personen werden alle für eine Person mit dem Erblasser gehalten, folglich wäre es wieder eben so, als wären sie in ihrer eignen Sache Zeugen [k]). Aber die Verwandtschaft der Zeugen

h) §. 6. Inst. de test. ord. — Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mutus, neque surdus, neque is, cui bonis interdictum est, neque ii, quos leges iubent, improbos intestabilesque esse, possunt in numerum testium adhiberi.

i) L. 20. §. 5. qui test. fac. pos. — Eum qui lege repetundarum damnatus est, ad testamentum adhiberi (non) posse existimo: quoniam in iudicio testis esse vetatur.

k) §. 9. Inst. de test ord. — In testibus autem non debet esse is, qui in *potestate testatoris* est. Sed si filius familias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte adhibetur testis, nec is, qui in potestate eiusdem patris est. Reprobatum est enim in

ea

Zeugen unter einander schadet nichts, mithin kann ein Vater mit seinen sechs Söhnen Zeugen seyn. Auch der im Testament ernannte Vormund, und derjenige, dem ein Vermächtniß darin ausgesetzt worden, können Zeugen bey dem Testament seyn, das zu ihrem Vortheil gemacht ist [l]). Gothofredus behauptet, der Libonianische Rathsschluß habe den Legatarien untersagt, Zeugen im Testament zu seyn, weil sie gewissermassen in die Rechte des Erblassers treten, und folglich Zeugen in ihrer eignen Sache wären. Nach der Meynung des Hotomans ist der Jurist Scävola erst wieder von dieser Verordnung abgegangen. Beyde Meynungen sind aber unerweislich. Faber ist ebenfalls der Meynung, wegen der 1 Nov. Cap. 1. dürfe man die Zulässigkeit der Legatarien nicht annehmen, weil Justinian das ältere Recht der Institutionen und der Pandecten daselbst aufgehoben habe. Diese Behauptung gründet sich aber auf weiter nichts, als darauf, daß sie Justinian in der Novelle, Nachfolger in den Rechten des Erblassers (succels. iur.) nennt. Dieses Argument ist aber

ea re domesticum testimonium. §. 10. eod. Sed neque *heres* scriptus neque is qui in eius potestate est, neque pater eius, qui eum habet in potestate, neque fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt, quia hoc totum negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem et heredem agi.

l) L. 22. pr. D. qui test. fac. pos. — Ad testium numerum simul adhiberi possumus: vt: ego et pater: et plures, qui fuimus in eiusdem potestate. L. 20. pr. D. eod. Qui testamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest. Quod in *legatario* et eo, qui *tutor* scriptus est, contra habetur. Hi enim testes possunt adhiberi, si aliud eos nihil impediat: vtpote si impubes, si in potestate testatoris sit.

aber sehr schwach, denn sie treten nicht in solche Rechte, welche der Erbe hat m). Nachdem ich die Personen, welche nicht Zeugen bey einem Testament seyn können, angeführt habe, muß ich noch verschiedenes über die Ursachen bemerken, warum diesen Personen das Zeugeseyn verboten ist. Frauenzimmer konnten bey den Römern deswegen nicht als Zeugen bey der Errichtung eines Testaments gebraucht werden, weil sie nicht auf den Volksversammlungen mit erscheinen konnten, und in den ältesten Zeiten auch bey andern Gelegenheiten nicht einmal Zeugniß ablegen durften n). Warum Knechte nicht Zeugen seyn können, ist leicht einzusehen. Die Zeugen sollten lauter römische Bürger seyn, die selbst das Recht hatten ein Testament zu machen. In Teutschland haben die ältern Rechtslehrer, die Verordnung des römischen Rechts in diesem Stück, auch auf unsere Leibeigne angewendet, und sprechen ihnen die Fähigkeit, Zeugen bey einem Testament zu seyn, ab, weil es selbst in der Notariatsordnung §. 7. von Testamenten heiße: die Zeugen müßten von der Leibeigenschaft frey seyn. Allein neuere Rechtslehrer o) behaupten, da unsere Leibeigne an den mehresten Orten berechtigt sind, über ihr Vermögen zu testiren, so

könnten

m) Westphal von Testament. S. 141. Faber de error. pragm. D. 66 Er. 3. Otto ad Instit. S. 249. Walch Intr. in controu. S. 234. Rebhan paralip. Meier Dec. 3. qu. 9.

n) L. 20. §. 6. D. qui test. fac. poss. — Mulier testimonium dicere in testamento quidem *non* poterit: alias autem posse testem esse mulierem, argumento est lex Iulia de adulteriis, quae adulterii damnatam testem produci, vel dicere testimonium vetat. Gellius L. 6. c. 7.

o) Freyherr von Cramer in den Wetzlar. Nebenst. 2 Th. Nr. 2. Stryck Vsus mod. Lib. XXVIII. Tit. 1. §. 17. Madihn Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 80.

könnten sie auch bey eines andern Leibeigenen seinem Testamente Zeugen seyn; aber schlechterdings nicht, bey dem Testament ihres Herrn oder eines andern Freygebohrnen. Weil es unter den Römern anfangs Freygelassene gab, die Latini Iuniani genennt wurden, und unter gewissen Umständen ein Testament machen konnten, so konnten sie auch Zeugen bey einem Testamente seyn p). Wenn Rasende und Verstandlose bisweilen den völligen Gebrauch ihrer Vernunft haben, so können sie in dieser Zeit Zeugen bey einem Testamente seyn; werden sie aber, nach Verfertigung des Testaments erst rasend, da sie vorher immer verständig gewesen sind, so schadet dieses dem Testamente nichts. Es ist oben S. 314 gesagt worden, daß Personen, die wegen eines öffentlichen Verbrechens bestraft worden, bey einem Testament nicht Zeuge seyn können. Dazu gehörten auch diejenigen, welche in den Provinzen bey ihren Amtsverrichtungen Erpressungen vorgenommen, und daher nach dem Julischen Gesetz von Erpressungen bestraft worden waren, wie das in der Note i) angeführte Gesetz sagt. Eben diese Strafe traf auch solche Personen, die man wegen eines Pasquills verurtheilt hatte q). Einige Rechtslehrer behaupten, ein römischer Bürger, welcher deswegen bey keinem Testament Zeuge seyn dürfen, weil er wegen eines begangnen Verbrechens verurtheilt worden, sey überhaupt intestabilis genennt worden. Andere behaupten hingegen

p) VLPIAN Tit. 20. §. 8. Latinus Iunianus et familiae emtor et testis et libripens fieri potest, quoniam cum eo testamenti factio est.

q) L. 18. §. 1. D. qui test. fac. poss. — Si quis ob carmen famosum damnetur: Senatusconsulto expressum est, vt intestabilis sit. Ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi.

gen mit dem Theophilus, in testabiles habe man solche Personen genennt, welche zu Zeugen gebraucht worden, und gleichwohl leugneten sie es in der Folge aus Bosheit, daß sie Zeugen gewesen r). Verschiedene Rechtslehrer behaupten, jede Verbindung des Zeugen mit dem Erben, mache schon eine Unfähigkeit zum Zeugniß bey einem Testamente. Aber weder die römis. Gesetze, die in der Note k) angeführt worden, sagen es, noch auch die Notariatsordnung, wo es §. 6. von Testam. heißt: auch die, so in Gewalt des Testirers, item, einer der in demselben Testament Erb geschrieben, oder der mit demselben in eines andern Gewalt wäre, können nicht Zeugen bey einem Testament seyn s). Eine sehr bestrittene Frage ist es, ob ein Blinder als Zeuge bey einem Testament gebraucht werden könne. Weil wir kein Gesetz haben, welches diese Frage bloß bejahet oder verneinet, so haben die Rechtslehrer einander gerade entgegen gesetzte Meynungen angenommen. Einige t) sagen, ein Blinder kann Zeuge seyn, andere u) behaupten, er könne es nicht seyn. Die ganze Streitfrage beruht auf einem etwas undeutlichen Gesetze x), und auf Gründen, welche auf die Natur des Zeugnisses bey Testamenten gebaut sind. Es kommt

r) Herr Prof. Westphal von Testam. S. 134.

s) Strubens rechtl. Bedenk. 3. Th. 90 Bed. S. 327.

t) LAVRICH sub. Praes. Illust. SCHOTT D. de coec. idoneo in test. teste. Lipf. 1773. Lehr ob ein Blinder bey Testamenten Zeuge seyn könne. Gießen 1788.

u) PERILL. KOCH Progr. de consp. testator. Giess. 1775.

x) L. 6. C. de test. — Si non speciali priuilegio patriae tuae iuris obseruatio relaxata est, et testes *non in conspectu testatoris* testimoniorum officio functi sunt: nullo iure testamentum valet.

kommt alles darauf an, was die Worte: in conspectu testatoris, nach dem richtigen Sprachgebrauch der damaligen Zeiten, anzeigen sollen. Anstatt sich damit zu beschäftigen, wie der eigentliche Sinn dieser Worte, durch die Anwendung der grammatischen Auslegungskunst herausgebracht werden kann, haben sich die Rechtslehrer mit der schönen logischen Interpretion beschäftigt, wo sich freylich viel räsoniren läßt (Handb. 1. Th. S. 85). Sie fragen y): bedeutet conspectus bloß die Gegenwart, oder den eigentlichen Anblick? Jemand kann mir gegenwärtig seyn, ohne daß wir uns sehen, z. B. weil es stockfinster ist. Nimmt man es für den Anblick, so fragt sich weiter, heißt es, der Testator muß die Zeugen sehen, oder die Zeugen müssen ihn sehen, oder endlich, sie müssen beyde einander sehen? Wenn der Testator z. B. hinter einem Vorhange liegt, und durch eine Spalte sieht, so kann er zwar die Zeugen sehen, aber sie ihn nicht. Ist der Testator blind, so sehen ihn die Zeugen zwar, aber er sieht die Zeugen nicht. Man bemerke also folgendes. So viel ist gewiß, der Testator braucht die Zeugen nicht zu sehen, denn es darf ja auch ein Blinder ein Testament machen, wie wir oben S. 283 gesehen haben. Ob aber ein Blinder bey einem mündlichen Testamente Zeuge seyn könne, das ist die einzige hierher gehörende Frage. Daß ein mündliches Testament, wo alle sieben Zeugen blind gewesen, bestehen könne, ist wohl nicht zu behaupten, wenn man nach vernünftigen Auslegungsregeln zu Werke geht. Der Verdacht eines Betrugs ist zu groß. Herr Lehr in der angeführten Schrift behauptet es jedoch. Sei-

ne

y) Höpfners Comment. über die Inst. S. 379. der Ausg. von 1790.

ne Gründe sind folgende: 1) heiße es einmal in Gesetzen, wer ein Testament machen darf, kann auch Zeuge dabey seyn, 2) sey es in keinem Gesetz ausdrücklich verbothen, 3) könnten die sieben blinden Zeugen ja alles leisten, was die Gesetze von Testamentszeugen fordern. Dieser Fall wird aber gewiß nicht vorkommen. Wenn aber entweder nur einer, oder zwey blind gewesen, und wenigstens zwey Zeugen sehen können, so behaupten Herr Laurich, und der Herr geheime Tribunalrath Höpfner, das Testament bestehe; denn das angeführte Gesetz rede, wie der Zusammenhang zu erkennen gebe, bloß von schriftlichen Testamenten, und von diesen werde verordnet, die Zeugen sollten vor dem Testator, daß er zusieht, sein Testament unterschreiben. Darauf antworten aber die Gegner z), der Grund, warum Blinde auch bey einem mündlichen Testamente nicht Zeugen seyn können, denn von einem schriftlichen versteht sichs von selbst, liegt ohnstreitig darin, daß kein Betrug vorgehen soll, denn die blinden Zeugen können ja nicht sagen, ob der Testator seinen Willen erklärt hat, oder ein anderer für ihn. Wenn nun die übrigen Zeugen, welche sehen konnten, gestorben sind, wie kann man sich denn bloß auf ihre Aussage, was sie gehört haben, allein verlassen. Da die Gesetze bey der Fähigkeit der sieben Zeugen alles so erstaunend genau nehmen, wie läßt sich denn hier mit Grunde eine Abweichung annehmen. Warum muß denn der achte Zeuge dazu genommen werden, wenn ein Blinder ein schriftliches Testament machen will. Es kann doch allemal der größte Zweifel gegen die Gewißheit des Willens des Testators, worauf alles ankommt,

z) Walch Introd. in controu. S. 214. Herr Prof. Westphal von Testamenten. S. 132.

ankommt, erregt werden. Man läßt ja ein Testament nicht gelten, wenn die Zeugen den Erblasser deswegen nicht sehen, weil es finster im Zimmer ist, oder weil er hinter einem Vorhange, oder einer spanischen Wand befindlich ist [a]). Es kann der Fall eintreten, daß Jemand das Testament geschrieben hat, und nun wird er auch zum Testamentszeugen gebraucht. Hier fragt sichs, ob dieses angehe? Da weder durch diese Handlung eine Einheit der Person mit dem Erben oder Erblasser entsteht, noch es auch im römischen Rechte verboten ist, sondern vielmehr erlaubt wird [b]), so geht es allerdings an, wenn nicht andere Hindernisse eintreten. Dergleichen Hindernisse würden seyn, wenn der Abschreiber des Testaments gar nicht die Fähigkeit hat, Zeuge bey einem Testament seyn zu können, z. B. ein Frauenzimmer hätte das Testament geschrieben, oder ein Sclave. Ferner muß der Abschreiber des Testaments, dasselbe bey der würklichen Testamentserrichtung als Zeuge unterschrieben und untersiegelt haben. Dieser Umstände wegen konnte der Jurist Domitius Labeo allerdings Ursache haben, bey einem solchen Falle bedenklich zu seyn, und er frug deswegen einen andern Rechtsgelehrten seiner Zeit, Juventius Celsus, ob denn derjenige, der ersucht worden, das Testament

zu

a) Höpfners Commentar über die Instit. S. 380.

b) L. 27. D. qui test. fac. poss. — *Domitius Labeo Celso suo salutem.* Quaero an testium numero habendus sit is, qui cum rogatus est ad testamentum scribendum, idem quoque cum tabulas scripsisset, signauerit. *Iuventius Celsus Labeoni suo salutem.* Aut non intelligo, quid sit, de quo me consulueris; aut valde stulta est consultatio tua. Plus enim, quam ridiculum est, dubitare, an aliquis iure testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas testamenti scripserit.

zu schreiben, bey diesem Testament hernachmals auch zugleich als Zeuge gebraucht werden könne? Der Zweifel des Labeo entstand daher. Zum Wesen der Gegenwart eines Testamentszeugen ist schlechterdings erforderlich, daß er ausdrücklich ersucht werden muß, Zeuge bey einem Testamente zu seyn. Von dem Testamentsabschreiber aber wird bloß verlangt, das Testament niederzuschreiben. Nun fragte sichs, ob der Auftrag zum Niederschreiben des Testaments, auch die Stelle des Ersuchens zum Unterschreiben und Untersiegeln mit in sich fasse? Da bey der Beobachtung ausdrücklich vorgeschriebener Förmlichkeiten alles ganz genau geschehen muß, wenn keine Nichtigkeit entstehen soll, so war die Anfrage des Labeo gewiß nicht so unbedeutend c). Gleichwohl antwortete der Jurist Juventius Celsius im Matrosentone darauf: entweder sehe ichs nicht ein, was in der mir vorgelegten Frage bedenkliches liegt (aut non intelligo quid sit, de quo me consulueris); dieses mochte wohl der Fall seyn, schreibt Herr Hofrath Claproth; oder, fährt der Jurist fort, die Anfrage ist sehr abgeschmackt (aut valde stulta est consultatio tua). Und nun noch eine Grobheit wenn Celsus sagt: es ist mehr als lächerlich, deswegen an der Fähigkeit eines Testamentszeugen zweifeln wollen, weil er zugleich das Testament geschrieben hat (plus enim quam ridiculum est dubitare, an aliquis iure testis adhibitus sit, quoniam idem tabulas testamenti scripserit). Der Zeuge, über dessen Fähigkeit Labeo Bedenken trug, war ja nicht zum Zeugen, sondern nur zum Niederschreiben des

c) Der Herr Hofrath Claproth von Testam. S. 115. Höpfners Comment. über die Instit. S. 382. Westphal von Testament. S. 143.

des Testaments verlangt worden. In der Folge entschied der Kayser Justin völlig nach dem Zweifel des Labeo, wenn er im L. 8. C. qui test. fac. poss. verordnete, der Notarius, oder achte Zeuge, welcher das Testament niedergeschrieben, sollte nicht mit unter die sieben Zeugen gerechnet werden. Dieser Fall hat übrigens Gelegenheit gegeben, daß man noch heutzutage alle alberne Fragen, quaestiones Domitianas nennt, und grobe Antworten responsiones Celsinas. So viel von den Eigenschaften desjenigen, der als Zeuge bey Testamenten gebraucht werden kann. Die Zeugen müssen alle in Gesetzen bestimmte Eigenschaften zu der Zeit an sich haben, wenn das Testament gemacht wird [d]). Sollte also mit den Zeugen, nach gemachtem Testament eine Aenderung vorgehen, welche sie von Anfange zur Ablegung des Zeugnisses unfähig gemacht hätte, so schadet dieses der Gültigkeit des Testaments nichts. Selbst alsdann gilt ein Testament, wenn ein Zeuge dabey gewesen, der würklich schon damals nicht Zeuge seyn konnte, man wuste das aber nicht, sondern hatte alle Ursache, ihn für fähig zu halten; z. B. es wäre einer von den Zeugen ein Sclave gewesen, man hielt ihn aber für frey; so besteht das Testament dennoch [e]). Es ist nicht genug, daß man bloß fähige Zeugen zur Errichtung eines schriftlichen Testaments nimmt, sondern es müssen ihrer auch wenigstens sieben an der Zahl dazu genommen werden;

d) L. 22. §. 1. D. qui test. fac. poss. — Conditionem testium tunc inspicere debemus, cum signarent, non mortis tempore. Si igitur tunc, cum signarent, tales fuerint, vt adhiberi possint; nihil nocet, si quid postea eis contigerit.

e) §. 7. Inst. de test. Westphal von Testamenten. S. 144.

wenn ihrer mehrere dabey sind, ists desto besser, weil alsdann, wenn etwa einer oder mehrere unfähig gewesen seyn sollten, doch immer noch sieben gültige Zeugen zugegen waren [f]). Ueber die Ursache, warum wenigstens sieben Zeugen bey der Errichtung eines Testaments gegenwärtig seyn müssen, sind die Rechtslehrer noch nicht einig. Hommel hat behauptet, fünfe davon hätten die fünf Classen des römischen Volks vorgestellt, und die zwey andern habe man deswegen dazu genommen, weil bey dem Testamente durch Wage und Geld, auch ein libripens und antestatus zugegen gewesen (S. 303), und die Alten in der Zahl sieben eine Vollkommenheit gesucht hätten [g]). Diese Meynung wird aber von andern widerlegt, welche sagen: die Zahl sieben rühre daher, weil der Prätor sieben Zeugen zur Gültigkeit eines Testaments erfordert; und das römische Volk habe nicht aus fünf Classen bestanden, mithin könnten die fünf Zeugen nicht daher rühren [h]). Die sieben Zeugen müssen freywillig, folglich ohne Zwang bey der Testamentserrichtung zugegen seyn. Hat man sie mit Gewalt genöthigt dabey zu seyn, so gilt das Testament nicht [i]). Sie müssen sich auch dergestalt um

den

f) Pavl. rec. sent. lib. 3. tit. 4. a de test. §. 10. Plures quam *septem* ad testamentum adhibiti non nocent: superflua eorum facta prodesse iuri tantum, nocere non possunt.

g) F. A. Hommel c. Resp. Bergmann D. de numero septenario testium in testamentis.

h) Treckel de origine testam. §. 16. Madihn Princ. Iur. Rom. P. IV. S. 81. Glück D. de test. priu. sola test. cond. prob. per sept. test. Hal. 1777.

i) L. 20. §. 10. D. qui test. fac. poss. — Sed si detenti sint inuiti ibi testes: putant, non valere testamentum.

den Testator befinden, daß sie ihn sehen, und er sie sehen kann, damit kein Betrug und Unterschiebung vorgehen können. Hieraus folgt ganz deutlich, daß sieben Blinde keine gültige Testamentszeugen sind. Das ist aber nicht nöthig, daß sie den Erblasser von Person kennen, sondern es kommt nur darauf an, was sie gesehen, gehört und gethan haben k). Es ist nicht genug, daß sieben fähige Zeugen gegenwärtig sind, wenn Jemand sein Testament machen will, sondern sie müssen auch ausdrücklich deswegen zusammenberufen worden seyn, damit sie bey der Errichtung als Testamentszeugen zugegen seyn sollen. Dieses kann aber nach Vorschrift des römischen Rechts nicht anders geschehen, als wenn von dem Erblasser ausdrücklich gegen sie erklärt worden ist, sie möchten Zeugen seyn bey seinem Testament, welches er jetzt in ihrer Gegenwart errichten wolle. Diese Erklärung wird kunstmäßig gesprochen, die Erbittung der Zeugen (rogatio testium) genannt. Die Erbittung rührt von dem alten Testament durch Wage und Geld her, wo die Zeugen feyerlich aufgefordert wurden, Zeugen zu seyn, welche Anrede eben der sogenannte antestatus that; und sie ist deswegen beybehalten worden, weil man daraus am besten überzeugt werden kann, daß der Erblasser würklich entschlossen gewesen ein Testament zu machen. Eine besondere Formel zu dieser Anrede ist nicht vorgeschrieben. Man kann sich daher ausdrücken, wie man will, wenn man nur sagt, daß man sein Testament machen wolle, und bitte daher die Personen als Zeuge dabey zu erscheinen. Auch dieses wird für hinreichend erklärt, wenn man den Zeugen z. B. sagen läßt,

k) LINCK D. de test. cortin. s. velato. PISTORIVS D. de test. testib. testam. incognito.

Hr. N. möchte die Güte haben, und um die und die Zeit zu N. kommen, und sein Petschaft mitbringen. Doch ist es immer besser, man sagt es deutlich, der Freund möge als Testamentszeuge zu N. kommen l). Die Erbittung der Zeugen kann entweder von dem Erblasser selbst in Person geschehen, oder auch durch einen andern, der von ihm den Auftrag dazu erhalten hat. Man kann ferner die Zeugen entweder ausdrücklich bloß deswegen zu sich bitten lassen, um bey seinem Testamente Zeuge zu seyn: oder wenn sie bereits bey dem Erblasser seyn sollten, sie sind aber in ganz anderer Absicht zu ihm gekommen, so kann der Testator zu ihnen sagen: er wolle jetzt vor ihnen sein Testament machen, sie möchten doch seine Testamentszeugen seyn, da sie einmal beysammen wären. Die Erbittung der Zeugen ist auf jeden Fall so schlechterdings erforderlich, daß wenn Jemand auch in der grösten Gesellschaft z. B. sagte; der und der soll mein Erbe seyn, er hätte aber nicht vorher zu den gegenwärtigen zum Testamentszeugniß fähigen, wenigstens sieben Mannspersonen gesagt, daß sie seine Testamentszeugen seyn möchten, so würde seine Erbeserklärung gar nichts gelten; da sie hingegen ein sogenanntes mündliches Testament seyn würde, wenn die Erbittung der Zeugen vorhergegangen wäre m). Dieses befiehlt auch die Notariatsordnung Kayser Maxim. I. §. 3. wo es heißt: es ist auch im Testament nöthig, daß die Zeugen nicht allein

l) Höpfners Comment. über die Institut. S. 379. BOEHMER Consult. et Decis. Tom. I. Dec. 649. n. 11-13. Dec. 651. n. 20.

m) L. 21. §. 2. D. qui test. fac. poss. — In testamentis, quibus testes rogati adesse debent, vt testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testandum non

allein gebethen, sondern insonderheit zu Aufrichtung des Testaments berufen und genommen, oder aufs wenigste, wo sie ungeschickter Dinge unberufen zugegen wären, dazu ermahnet und besprochen werden. Damit man von der würklich geschehenen Erbittung der Zeugen überzeugt werden soll, pflegen die Zeugen ihre Unterschrift folgendergestalt abzufassen: J. C. Fr. als erbetener Testamentszeuge (S. 243). Es ist aber nicht schlechterdings nöthig, daß ein Zeuge das Wort erbetener Testamentszeuge braucht; und man kann ein Testament deswegen nicht als ungültig anfechten, weil dieses Wort nicht dabey steht. Selbst alsdann wenn es würklich dazu gesetzt worden, entsteht weiter nichts als eine Vermuthung, daß die Erbittung des Zeugen geschehen sey, welche aber allemal den Beweiß des Gegentheils zuläßt; denn wie leicht ist es möglich, daß der Zeuge dieses Wort nur deswegen vor seinen Namen schreibt, weil es ihm geheißen wird, oder weil er es gesehen hat, daß es zu geschehen pflegt, er ist aber würklich nicht um das Zeugniß ersucht worden [n]). Ist die Erbittung der Zeugen auf die gehörige Art geschehen, und die sieben Zeugen sind alle beysammen, so erklärt der Erblasser, der ein schriftliches Testament machen will, er habe sein Testament bereits schriftlich aufgesetzt, und hiermit wolle er den Zeugen dieses sein schriftlich verfaßtes Testament vorzeigen. Es kommt auf den Testator an, ob er sein geschriebenes Testament

non esse idoneos, placet. Quod sic accipiendum est, vt, licet ad aliam rem sint rogati vel collecti: si tamen ante testimonium certiorentur *ad testamentum se adhibitos:* posse eos testimonium suum recte perhibere.

n) Der Herr Hofr. Claproth von Testam. S. 114. Herr Prof. Westphal von Testam. S. 129.

den Zeugen offen zeigen, und dabey erklären will, dieses sey sein schriftlich aufgesetzter letzter Wille; oder ob er es vorher in ein Couvert einschlagen, und jetzt blos vor den Zeugen erklären will: in diesem Couvert oder Umschlage sey sein schriftlich aufgesetztes Testament. Zeigt er sein Testament offen vor, so hat er entweder dasselbe schon vorher, ehe noch die Zeugen zu ihm kamen, unterschrieben und besiegelt, entweder auf allen Seiten, oder bloß auf der letzten Seite, wie ich oben S. 310. gesagt habe. In diesem Falle muß er vor den Zeugen erklären: der Aufsatz, den die Zeugen vor sich sähen, sey sein schriftlich verfaßtes Testament, welches er auch schon unterschrieben und besiegelt habe o). Sollte aber der Erblasser sein schrift-

lich es

o) L. 21. pr. C. de test. — Hac consultissima lege sancimus, licere per *scripturam* conficientibus testamentum, si nullum scire volunt ea, quae in eo scripta sunt, consignatam vel ligatam, vel tantum clausam involutamque proferre scripturam vel ipsius testatoris vel cuiuslibet alterius manu conscriptam eamque rogatis testibus septem numero, ciuibus Romanis, puberibus, omnibus simul offerre signandam et subscribendam: dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit, quod offertur, eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit; quo facto et testibus vno eodemque die ac tempore subscribentibus et consignantibus, testamentum valere: nec ideo infirmari, quod testes nesciant, quae in eo scripta sunt testamento. Quodsi litteras testator ignoret, vel subscribere nequeat: octauo subscriptore pro eo adhibito, eadem seruari decernimus. In omnibus autem testamentis, quae praesentibus vel absentibus testibus dictantur, superfluum est, vno eodemque tempore exigere testatorem et testes adhibere: et dictare suum arbitrium, et finire testamentum. Sed licet alio tempore dictatum scriptumue proferatur testamentum: sufficiet vno tempore eodemque die, nullo actu extraneo interueniente, testes omnes, videlicet simul, nec diuersis temporibus sub-

scribere

liches Testament in einen Umschlag gelegt haben, so muß er vor den Zeugen erklären, in dem Umschlage oder Couvert, welches die Zeugen sähen, sey sein schriftlich verfaßtes Testament eingesiegelt, und nun muß er auswendig darauf schreiben: Hierin, oder dieses ist mein letzter Wille, und sodann seinen Namen dazu schreiben und das Siegel vordrücken. Dieses geht aber nur bey solchen Personen an, welche selbst schreiben und lesen können (S. 310.) Hat der Erblasser von seiner Seite alles beobachtet, was in Rücksicht auf seine Unterschrift nöthig ist, so müssen die sieben Zeugen einer nach dem andern das schriftlich verfaßte Testament unterschreiben und besiegeln, und zwar jeder mit eigner Hand. Bey einem ofnen Testamente steht der Name des Erblassers gewöhnlich auf der letzten Seite gleich am Schlusse des Testaments, und nun schreiben die Zeugen ihre Namen darunter, zur linken Hand. Versiegelt aber der Erblasser sein Testament in einen Umschlag, so schreibt er darauf: Dieses ist mein letzter Wille, nebst seinem Namen: und nun schreiben die Zeugen ihre Namen ebenfalls darunter. Es ist hinlänglich, wenn sie blos ihren Vor- und Zunamen hinschreiben. Doch pflegen sie mehrentheils auch noch dazu zu setzen, als Testamentszeuge, oder gar, als erbetener Testamentszeuge. Nach dem römischen Rechte p) wurde zwar erfordert, daß die

scribere signareque testamentum. Finem autem testamenti subscriptiones et signacula testium esse decernimus. Non subscriptum autem a testibus, ac non signatum testamentum pro infecto haberi conuenit.

p) L. 30. D. qui test. fac. poss. — Singulos testes, qui in testamento adhibentur, proprio chirographo adnotare conuenit, *quis*, et *cuius* testamentum signauerit.

Zeugen auch dazu setzen sollten, wessen Testament sie unterschrieben hätten. Heutzutage verlangt man dieses aber nicht, wenn es nur sonst gewiß ist, daß die Zeugen den Testator genau gekannt haben q). Jeder Zeuge muß seinen Namen selbst schreiben, und darf es nicht mit geführter Hand thun. Außer der Unterschrift ist auch die Untersiegelung des Testaments nöthig, und die eine gilt ohne die andere nicht. Doch sieht man hierbey nicht darauf, wem das Petschaft, welches der Zeuge vor seinen Namen gedruckt hat, gehört, ob es sein eignes, oder ein fremdes ist. Sogar des Erblassers Petschaft kann der Zeuge vordrukken, ja sie können alle mit einem Petschaft siegeln. Bedient sich aber der Zeuge eines fremden Petschafts, so pflegt es mit angemerkt zu werden, wie aus dem S. 202 angeführten Formulare zu ersehen ist. Die Untersiegelung muß aber mit einem würklichen Petschafte geschehen, und eine bloße Münze, oder Gemme ist nicht genug r). Daß man die Untersiegelung erfordert, rührt daher, weil die Alten den Ring für ein Bild der Festigkeit und Gültigkeit hielten. Das letzte, was schlechterdings erfordert wird, wenn ein schriftliches Testament, nach der Vorschrift der Gesetze errichtet werden soll, ist die sogenannte ununterbrochne Fortsetzung der Testamentshandlung

q) Der Herr Hofrath Claproth von Testament. S. 117.

r) L. 22. §. 5. D. qui test. fac. poss. — Signum autem vtrum annulo tantum impressum adhibemus: an vero et si non annulo, verum *alio quodam impresso?* Varie enim homines signant. Et magis est, vt *tantum annulo* quis possit signare; dum tamen habeat χαρακτῆρα, id est, formam insculptamque signis imaginem.

lung (vnitas actus); das heißt: es müssen alle Handlungen, welche die äußerliche Förmlichkeit eines Testaments ausmachen, in eins weg vorgenommen werden. Es geht 1) nicht an, daß man ein Testament heute anfängt, morgen fortsetzt, und übermorgen endigt; 2) darf auch, so lange bis der Erblasser sein Testament unterschrieben, und die Zeugen sodann ihre Namen beygeschrieben haben, kein anderes bürgerliches Geschäfte von diesen Personen abgeschlossen werden. Z. E. nachdem der Erblasser angefangen, seinen Namen zu unterschreiben, legt er die Feder weg, und sagte, Herr Testamentszeuge N. ich will ihnen ihre Uhr abkaufen, was wollen sie haben? Dieser sagt, 40 Rthlr., und darauf antwortet der Testator, gut, ich behalte die Uhr. Oder einer von den Zeugen sagte zum Testator, oder zu einem seiner Mitzeugen; vermiethen sie mir doch ihren Garten, und nun werden die Personen darüber eins. Durch jede solche Handlung wird die Testamentshandlung unterbrochen, und die Folge davon ist, daß das ganze Testament nicht gilt, wenn sie nun auch gleich fortfahren, das Testament zu unterschreiben und zu untersiegeln s). Die ununterbrochene Beobachtung, der bey einem schriftlichen Testament, zur äußerlichen Form nöthigen Feyerlichkeiten ist alsdenn vorhanden, wenn von der Minute an, da der Erblasser die versammel-

s) L. 20. §. 8. D. qui test. fac. poss. — Et veteres putauerunt, eos, qui propter solennia testamenti adhibentur, durare debere, donec suprema contestatio peragatur. L. 21. §. 3. eod. — Vno contextu actus testari oportet. Est autem vno contextu, nullum actum alienum testamento intermiscere. Quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiatur.

sammelten Zeugen ersucht hat, bey seinem Testament als Zeugen gegenwärtig zu seyn, bis er sein Testament entweder in ihrer Gegenwart unterschrieben, oder weil es schon unterschrieben war, erklärt hat, das sey sein Testament, und nun unterschreibt jeder Zeuge in eins weg, das Testament, wenn zwischen allen diesen Handlungen kein bürgerliches Geschäfte abgeschlossen worden. Die Rechtslehrer sind freylich über diesen Punct verschiedner Meynung. Einige behaupten, z. B. Carpzov und Esbach, daß während der Testamentshandlung allerdings ein Contract geschlossen werden könne; andere berühmte Rechtslehrer, z. B. Cocceii und Wernher behaupten aber mit Recht, daß kein Contract abgeschlossen werden dürfe, doch ist Wernher der Meynung, blos bey mündlich errichteten Testamenten müsse man so strenge seyn t). Jedoch darf dieses nicht für eine Unterbrechung der Testamentshandlung gehalten werden, wenn der Erblasser in seinem letzten Willen selbst verschiednes verordnet, welches in der That wahre bürgerliche Geschäfte sind. Z. B. er schlägt ein Grundstück dem einen Erben für eine gewisse Summe an (S. 221.), oder vermacht Jemanden eine Hypothek u. s. f. Auch das Abschreiben des Testaments selbst gehört nicht zur Einheit der Testamentshandlung. Der Erblasser kann an seinem Testament viele Jahre arbeiten und schreiben, oder schreiben lassen; dieses schadet alles nichts. Die zeither erklärte Einförmigkeit der Testamentshandlung (vnitas actus),

t) Hoenonii Disp. iurid. libr. 1. Disp. 7. thes. 6. Carpzov P. III. C. 5. Def. 20. Esbach ad Carpzov P. III. C. 3 D. 10. n. 4. Cocceii Ius controu. tit. qui test. fac. qu. 10. Struv Exerc. 32. th. 10. Wernher Part. V. Obs. 38. P. III. Obs. 163.

actus), oder die Verordnung des römischen Rechts, daß von der Zeit an, da die Anrede an die Zeugen geschehen ist, bis zur völligen Beendigung der Unterschrift des Testaments, sowohl von Seiten des Erblassers als der Zeugen, kein anderer Vertrag geschlossen werden darf, rührt daher, weil die Römer ihre Testamente ehemals durch Wage und Geld (per aes et libram) errichtet haben. Diese Art zu testiren, war ein actus legitimus, bey diesen mußte aber alles auf das strengste beobachtet werden, was dazu gehörte, und durfte indessen nichts vorgenommen werden, was nicht dazu gehörte (Handb. 1 Th. S. 358.). Es macht dieses auch die Wichtigkeit der Sache nothwendig, denn wie leicht könnte ein Betrug oder Fehler vorgehen, wenn nicht die größte Genauigkeit bey der Beobachtung der äußerlichen Feyerlichkeiten beobachtet werden müßte. Deswegen hat man die Einförmigkeit der Handlung in der Folge auch auf nicht feyerliche letzte Willensverordnungen ausgedehnt u). Wenn gleich die äußerliche Feyerlichkeit der Testamente ununterbrochen vorgenommen werden muß, so ist dieses dennoch nicht so weit auszudehnen, als ob gar nichts zwischen der Unterschrift des Testaments geschehen dürfte, sondern es sey schlechterdings nöthig, daß die Personen in eins weg schreiben müssen, wenn das Testament gelten solle. Dieses wäre lächerlich und sehr oft auch unmöglich. Daher schadet es einem Testamente nichts, wenn zwischen der Unterschrift gewartet wird, weil dem Erblasser oder dem einen Zeugen eine Unpäßlichkeit zustößt. Die Gesellschaft kann auch ein Glas Wein mit einander trinken. Sollte den Zeugen etwas solches

u) Der Herr Hofrath Claproth von Testamenten S. 56. L. 28. C. de testam.

wenn ihrer mehrere dabey sind, ists desto besser, weil alsdann, wenn etwa einer oder mehrere unfähig gewesen seyn sollten, doch immer noch sieben gültige Zeugen zugegen waren [f]). Ueber die Ursache, warum wenigstens sieben Zeugen bey der Errichtung eines Testaments gegenwärtig seyn müssen, sind die Rechtslehrer noch nicht einig. Hommel hat behauptet, fünfe davon hätten die fünf Classen des römischen Volks vorgestellt, und die zwey andern habe man deswegen dazu genommen, weil bey dem Testamente durch Wage und Geld, auch ein libripens und antestatus zugegen gewesen (S. 303), und die Alten in der Zahl sieben eine Vollkommenheit gesucht hätten [g]). Diese Meynung wird aber von andern widerlegt, welche sagen: die Zahl sieben rühre daher, weil der Prätor sieben Zeugen zur Gültigkeit eines Testaments erfordert; und das römische Volk habe nicht aus fünf Classen bestanden, mithin könnten die fünf Zeugen nicht daher rühren [h]). Die sieben Zeugen müssen freywillig, folglich ohne Zwang bey der Testamentserrichtung zugegen seyn. Hat man sie mit Gewalt genöthigt dabey zu seyn, so gilt das Testament nicht [i]). Sie müssen sich auch dergestalt um den

f) Pavl. rec. sent. lib. 3. tit. 4. a de test. §. 10. Plures quam *septem* ad testamentum adhibiti non nocent: superflua eorum facta prodesse iuri tantum, nocere non possunt.

g) F. A. Hommel c. Resp. Bergmann D. de numero septenario testium in testamentis.

h) Treckel de origine testam. §. 16. Madihn Princ. Iur. Rom. P. IV. S. 81. Glück D. de test. priu. sola test. cond. prob. per sept. test. Hal. 1777.

i) L. 20. §. 10. D. qui test. fac. poss. — Sed si detenti sint inuiti ibi testes: putant, non valere testamentum.

den Testator befinden, daß sie ihn sehen, und er sie sehen kann, damit kein Betrug und Unterschiebung vorgehen können. Hieraus folgt ganz deutlich, daß sieben Blinde keine gültige Testamentszeugen sind. Das ist aber nicht nöthig, daß sie den Erblasser von Person kennen, sondern es kommt nur darauf an, was sie gesehen, gehört und gethan haben k). Es ist nicht genug, daß sieben fähige Zeugen gegenwärtig sind, wenn Jemand sein Testament machen will, sondern sie müssen auch ausdrücklich deswegen zusammenberufen worden seyn, damit sie bey der Errichtung als Testamentszeugen zugegen seyn sollen. Dieses kann aber nach Vorschrift des römischen Rechts nicht anders geschehen, als wenn von dem Erblasser ausdrücklich gegen sie erklärt worden ist, sie möchten Zeugen seyn bey seinem Testament, welches er jetzt in ihrer Gegenwart errichten wolle. Diese Erklärung wird kunstmäßig gesprochen, die Erbittung der Zeugen (rogatio testium) genannt. Die Erbittung rührt von dem alten Testament durch Wage und Geld her, wo die Zeugen feyerlich aufgefordert wurden, Zeugen zu seyn, welche Anrede eben der sogenannte antestatus that; und sie ist deswegen beybehalten worden, weil man daraus am besten überzeugt werden kann, daß der Erblasser würklich entschlossen gewesen ein Testament zu machen. Eine besondere Formel zu dieser Anrede ist nicht vorgeschrieben. Man kann sich daher ausdrücken, wie man will, wenn man nur sagt, daß man sein Testament machen wolle, und bitte daher die Personen als Zeuge dabey zu erscheinen. Auch dieses wird für hinreichend erklärt, wenn man den Zeugen z. B. sagen läßt,

k) LINCK D. de test. cortin. s. velato. PISTORIVS D. de test. testib. testam. incognito.

Hr. N. möchte die Güte haben, und um die und die Zeit zu N. kommen, und sein Petschaft mitbringen. Doch ist es immer besser, man sagt es deutlich, der Freund möge als Testamentszeuge zu N. kommen l). Die Erbittung der Zeugen kann entweder von dem Erblasser selbst in Person geschehen, oder auch durch einen andern, der von ihm den Auftrag dazu erhalten hat. Man kann ferner die Zeugen entweder ausdrücklich bloß deswegen zu sich bitten lassen, um bey seinem Testamente Zeuge zu seyn: oder wenn sie bereits bey dem Erblasser seyn sollten, sie sind aber in ganz anderer Absicht zu ihm gekommen, so kann der Testator zu ihnen sagen: er wolle jetzt vor ihnen sein Testament machen, sie möchten doch seine Testamentszeugen seyn, da sie einmal beysammen wären. Die Erbittung der Zeugen ist auf jeden Fall so schlechterdings erforderlich, daß wenn Jemand auch in der grösten Gesellschaft z. B. sagte; der und der soll mein Erbe seyn, er hätte aber nicht vorher zu den gegenwärtigen zum Testamentszeugniß fähigen, wenigstens sieben Mannspersonen gesagt, daß sie seine Testamentszeugen seyn möchten, so würde seine Erbeserklärung gar nichts gelten; da sie hingegen ein sogenanntes mündliches Testament seyn würde, wenn die Erbittung der Zeugen vorhergegangen wäre m). Dieses befiehlt auch die Notariatsordnung Kayser Maxim. I. §. 3. wo es heißt: es ist auch im Testament nöthig, daß die Zeugen nicht allein

l) Höpfners Comment. über die Institut. S. 379. BOEHMER Consult. et Decis. Tom. I. Dec. 649. n. 11-13. Dec. 651. n. 20.

m) L. 21. §. 2. D. qui test. fac. poss. — In testamentis, quibus testes rogati adesse debent, vt testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testandum non

allein gebethen, sondern insonderheit zu Aufrichtung des Testaments berufen und genommen, oder aufs wenigste, wo sie ungeschickter Dinge unberufen zugegen wären, dazu ermahnet und besprochen werden. Damit man von der würklich geschehenen Erbittung der Zeugen überzeugt werden soll, pflegen die Zeugen ihre Unterschrift folgendergestalt abzufassen: J. C. Fr. als erberener Testamentszeuge (S. 243). Es ist aber nicht schlechterdings nöthig, daß ein Zeuge das Wort erbetener Testamentszeuge braucht; und man kann ein Testament deswegen nicht als ungültig anfechten, weil dieses Wort nicht dabey steht. Selbst alsdann wenn es würklich dazu gesetzt worden, entsteht weiter nichts als eine Vermuthung, daß die Erbittung des Zeugen geschehen sey, welche aber allemal den Beweiß des Gegentheils zuläßt; denn wie leicht ist es möglich, daß der Zeuge dieses Wort nur deswegen vor seinen Namen schreibt, weil es ihm geheißen wird, oder weil er es gesehen hat, daß es zu geschehen pflegt, er ist aber würklich nicht um das Zeugniß ersucht worden [n]). Ist die Erbittung der Zeugen auf die gehörige Art geschehen, und die sieben Zeugen sind alle beysammen, so erklärt der Erblasser, der ein schriftliches Testament machen will, er habe sein Testament bereits schriftlich aufgesetzt, und hiermit wolle er den Zeugen dieses sein schriftlich verfaßtes Testament vorzeigen. Es kommt auf den Testator an, ob er sein geschriebenes Testament

non esse idoneos, placet. Quod sic accipiendum est, vt, licet ad aliam rem sint rogati vel collecti: si tamen ante testimonium certiorentur *ad testamentum se adhibitos*: posse eos testimonium suum recte perhibere.

n) Der Herr Hofr. Claproth von Testam. S. 114. Herr Prof. Westphal von Testam. S. 129.

den Zeugen offen zeigen, und dabey erklären will, dieses sey sein schriftlich aufgesetzter letzter Wille; oder ob er es vorher in ein Couvert einschlagen, und jetzt blos vor den Zeugen erklären will: in diesem Couvert oder Umschlage sey sein schriftlich aufgesetztes Testament. Zeigt er sein Testament offen vor, so hat er entweder dasselbe schon vorher, ehe noch die Zeugen zu ihm kamen, unterschrieben und besiegelt, entweder auf allen Seiten, oder bloß auf der letzten Seite, wie ich oben S. 310. gesagt habe. In diesem Falle muß er vor den Zeugen erklären: der Aufsatz, den die Zeugen vor sich sähen, sey sein schriftlich verfaßtes Testament, welches er auch schon unterschrieben und besiegelt habe o). Sollte aber der Erblasser sein schrift-

liches

o) L. 21. pr. C. de test. — Hac consultissima lege sancimus, licere per *scripturam* conficientibus testamentum, si nullum scire volunt ea, quae in eo scripta sunt, consignatam vel ligatam, vel tantum clausam involutamque proferre scripturam vel ipsius testatoris vel cuiuslibet alterius manu conscriptam eamque rogatis testibus septem numero, ciuibus Romanis, puberibus, omnibus simul offerre signandam et subscribendam: dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit, quod offertur, eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit; quo facto et testibus vno eodemque die ac tempore subscribentibus et consignantibus, testamentum valere: nec ideo infirmari, quod testes nesciant, quae in eo scripta sunt testamento. Quodsi litteras testator ignoret, vel subscribere nequeat: octauo subscriptore pro eo adhibito, eadem seruari decernimus. In omnibus autem testamentis, quae praesentibus vel absentibus testibus dictantur, superfluum est, vno eodemque tempore exigere testatorem et testes adhibere: et dictare suum arbitrium, et finire testamentum. Sed licet alio tempore dictatum scriptumue proferatur testamentum: sufficiet vno tempore eodemque die, nullo actu extraneo interueniente, testes omnes, videlicet simul, nec diuersis temporibus subscribere

liches Testament in einen Umschlag gelegt haben, so muß er vor den Zeugen erklären, in dem Umschlage oder Couvert, welches die Zeugen sähen, sey sein schriftlich verfaßtes Testament eingesiegelt, und nun muß er auswendig darauf schreiben: Hierin, oder dieses ist mein letzter Wille, und sodann seinen Namen dazu schreiben und das Siegel vordrücken. Dieses geht aber nur bey solchen Personen an, welche selbst schreiben und lesen können (S. 310.) Hat der Erblasser von seiner Seite alles beobachtet, was in Rücksicht auf seine Unterschrift nöthig ist, so müssen die sieben Zeugen einer nach dem andern das schriftlich verfaßte Testament unterschreiben und besiegeln, und zwar jeder mit eigner Hand. Bey einem offnen Testamente steht der Name des Erblassers gewöhnlich auf der letzten Seite gleich am Schlusse des Testaments, und nun schreiben die Zeugen ihre Namen darunter, zur linken Hand. Versiegelt aber der Erblasser sein Testament in einen Umschlag, so schreibt er darauf: Dieses ist mein letzter Wille, nebst seinem Namen: und nun schreiben die Zeugen ihre Namen ebenfalls darunter. Es ist hinlänglich, wenn sie blos ihren Vor- und Zunamen hinschreiben. Doch pflegen sie mehrentheils auch noch dazu zu setzen, als Testamentszeuge, oder gar, als erbetener Testamentszeuge. Nach dem römischen Rechte p) wurde zwar erfordert, daß die

scribere signareque testamentum. Finem autem testamenti subscriptiones et signacula testium esse decernimus. Non subscriptum autem a testibus, ac non signatum testamentum pro infecto haberi conuenit.

p) L. 30. D. qui test. fac. poss. — Singulos testes, qui in testamento adhibentur, proprio chirographo adnotare conuenit, *quis*, et *cuius* testamentum signauerit.

Zeugen auch dazu setzen sollten, wessen Testament sie unterschrieben hätten. Heutzutage verlangt man dieses aber nicht, wenn es nur sonst gewiß ist, daß die Zeugen den Testator genau gekannt haben q). Jeder Zeuge muß seinen Namen selbst schreiben, und darf es nicht mit geführter Hand thun. Außer der Unterschrift ist auch die Untersiegelung des Testaments nöthig, und die eine gilt ohne die andere nicht. Doch sieht man hierbey nicht darauf, wem das Petschaft, welches der Zeuge vor seinen Namen gedruckt hat, gehört, ob es sein eignes, oder ein fremdes ist. Sogar des Erblassers Petschaft kann der Zeuge vordrukken, ja sie können alle mit einem Petschaft siegeln. Bedient sich aber der Zeuge eines fremden Petschafts, so pflegt es mit angemerkt zu werden, wie aus dem S. 202 angeführten Formulare zu ersehen ist. Die Untersiegelung muß aber mit einem würklichen Petschafte geschehen, und eine bloße Münze, oder Gemme ist nicht genug r). Daß man die Untersiegelung erfordert, rührt daher, weil die Alten den Ring für ein Bild der Festigkeit und Gültigkeit hielten. Das letzte, was schlechterdings erfordert wird, wenn ein schriftliches Testament, nach der Vorschrift der Gesetze errichtet werden soll, ist die sogenannte ununterbrochne Fortsetzung der Testamentshandlung

q) Der Herr Hofrath Claproth von Testament. S. 117.

r) L. 22. §. 5. D. qui test. fac. poss. — Signum autem vtrum annulo tantum impressum adhibemus: an vero et si non annulo, verum *alio quodam impresso?* Varie enim homines signant. Et magis est, vt *tantum annulo* quis possit signare; dum tamen habeat χαραχτῆρα, id est, formam insculptamque signis imaginem.

lung (vnitas actus); das heißt: es müssen alle Handlungen, welche die äußerliche Förmlichkeit eines Testaments ausmachen, in eins weg vorgenommen werden. Es geht 1) nicht an, daß man ein Testament heute anfängt, morgen fortsetzt, und übermorgen endigt; 2) darf auch, so lange bis der Erblasser sein Testament unterschrieben, und die Zeugen sodann ihre Namen beygeschrieben haben, kein anderes bürgerliches Geschäfte von diesen Personen abgeschlossen werden. Z. E. nachdem der Erblasser angefangen, seinen Namen zu unterschreiben, legt er die Feder weg, und sagte, Herr Testamentszeuge N. ich will ihnen ihre Uhr abkaufen, was wollen sie haben? Dieser sagt, 40 Rthlr., und darauf antwortet der Testator, gut, ich behalte die Uhr. Oder einer von den Zeugen sagte zum Testator, oder zu einem seiner Mitzeugen; vermiethen sie mir doch ihren Garten, und nun werden die Personen darüber eins. Durch jede solche Handlung wird die Testamentshandlung unterbrochen, und die Folge davon ist, daß das ganze Testament nicht gilt, wenn sie nun auch gleich fortfahren, das Testament zu unterschreiben und zu untersiegeln s). Die ununterbrochene Beobachtung, der bey einem schriftlichen Testament, zur äußerlichen Form nöthigen Feyerlichkeiten ist alsdenn vorhanden, wenn von der Minute an, da der Erblasser die versammel-

s) L. 20. §. 8. D. qui test. fac. poss. — Et veteres putauerunt, eos, qui propter solennia testamenti adhibentur, durare debere, donec suprema contestatio peragatur. L. 21. §. 3. eod. — Vno contextu actus testari oportet. Est autem vno contextu, nullum actum alienum testamento intermiscere. Quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiatur.

sammelten Zeugen ersucht hat, bey seinem Testament als Zeugen gegenwärtig zu seyn, bis er sein Testament entweder in ihrer Gegenwart unterschrieben, oder weil es schon unterschrieben war, erklärt hat, das sey sein Testament, und nun unterschreibt jeder Zeuge in eins weg, das Testament, wenn zwischen allen diesen Handlungen kein bürgerliches Geschäfte abgeschlossen worden. Die Rechtslehrer sind freylich über diesen Punct verschiedner Meynung. Einige behaupten, z. B. Carpzov und Esbach, daß während der Testamentshandlung allerdings ein Contract geschlossen werden könne; andere berühmte Rechtslehrer, z. B. Cocceii und Wernher behaupten aber mit Recht, daß kein Contract abgeschlossen werden dürfe, doch ist Wernher der Meynung, blos bey mündlich errichteten Testamenten müsse man so strenge seyn t). Jedoch darf dieses nicht für eine Unterbrechung der Testamentshandlung gehalten werden, wenn der Erblasser in seinem letzten Willen selbst verschiednes verordnet, welches in der That wahre bürgerliche Geschäfte sind. Z. B. er schlägt ein Grundstück dem einen Erben für eine gewisse Summe an (S. 221.), oder vermacht Jemanden eine Hypothek u. s. f. Auch das Abschreiben des Testaments selbst gehört nicht zur Einheit der Testamentshandlung. Der Erblasser kann an seinem Testament viele Jahre arbeiten und schreiben, oder schreiben lassen; dieses schadet alles nichts. Die zeither erklärte Einförmigkeit der Testamentshandlung (vnitas actus),

t) Hoenonii Disp. iurid. libr. 1. Disp. 7. thes. 6. Carpzov P. III. C. 5. Def. 20. Esbach ad Carpzov P. III. C. 3 D. 10. n. 4. Cocceii Ius controu. tit. qui test. fac. qu. 10. Struv Exerc. 32. th. 10. Wernher Part. V. Obs. 38. P. III. Obs. 163.

actus), oder die Verordnung des römischen Rechts, daß von der Zeit an, da die Anrede an die Zeugen geschehen ist, bis zur völligen Beendigung der Unterschrift des Testaments, sowohl von Seiten des Erblassers als der Zeugen, kein anderer Vertrag geschlossen werden darf, rührt daher, weil die Römer ihre Testamente ehemals durch Wage und Geld (per aes et libram) errichtet haben. Diese Art zu testiren, war ein actus legitimus, bey diesen mußte aber alles auf das strengste beobachtet werden, was dazu gehörte, und durfte indessen nichts vorgenommen werden, was nicht dazu gehörte (Handb. 1 Th. S. 358.). Es macht dieses auch die Wichtigkeit der Sache nothwendig, denn wie leicht könnte ein Betrug oder Fehler vorgehen, wenn nicht die größte Genauigkeit bey der Beobachtung der äußerlichen Feyerlichkeiten beobachtet werden müßte. Deswegen hat man die Einförmigkeit der Handlung in der Folge auch auf nicht feyerliche letzte Willensverordnungen ausgedehnt u). Wenn gleich die äußerliche Feyerlichkeit der Testamente ununterbrochen vorgenommen werden muß, so ist dieses dennoch nicht so weit auszudehnen, als ob gar nichts zwischen der Unterschrift des Testaments geschehen dürfte, sondern es sey schlechterdings nöthig, daß die Personen in eins weg schreiben müssen, wenn das Testament gelten solle. Dieses wäre lächerlich und sehr oft auch unmöglich. Daher schadet es einem Testamente nichts, wenn zwischen der Unterschrift gewartet wird, weil dem Erblasser oder dem einen Zeugen eine Unpäßlichkeit zustößt. Die Gesellschaft kann auch ein Glas Wein mit einander trinken. Sollte den Zeugen etwas solches

u) Der Herr Hofrath Claproth von Testamenten S. 56. L. 28. C. de testam.

ches zustoßen, welches nicht sobald zu heben ist, so können an deren Stelle andere genommen, und diesen alles was bereits geschehen ist, gesagt werden. Nun ist es so gut, als wenn gleich anfangs alles von ihnen in einer ununterbrochenen Ordnung geschehen wäre, wie das in der Note x) angeführte Gesetz vortreflich und weitläuftig verordnet. Nach geschehener Unterschrift der Zeugen, kann der Erblasser sogar schriftlich oder mündlich dasjenige deutlicher bestimmen, was er noch nicht gethan hat, z. B. den Namen, oder die Münzsorte. Bloß in Absicht der Gewißheit des letzten Willens, nicht wegen der Förmlichkeit, ist es in den Gesetzen verordnet, daß die Zeugen bey einem schriftlichen Testament, den Testator selbst schreiben sehen sollen, bey einem mündlichen aber ihn sehen und reden hören sollen, damit nicht ein anderer sich für den Erblasser ausgeben könne. Soll dieses

x) L. 28. C. de test. — Cum antiquitas testamenta fieri voluerit, nullo actu interueniente, et huiusmodi verborum compositio *non rite interpretata*, pene in perniciem et testantium et testamentorum processerit; sancimus, in tempore, quo testamentum conditur, vel codicillus nascitur, vel vltima quaedam dispositio, secundum pristinam obseruationem celebratur, — ea quidem, quae minime necessaria sunt, nullo procedere modo. Quippe causa subtilissima proposita, ea, quae superflua sunt, minime debent intercedere. Si quid autem necessarium euenerit, et ipsum corpus laborantis respiciens contigerit, id est, vt victus necessarii, vel potionis oblatio, vel medicaminis datio, vel impositio, quibus relictis ita sanitas testatoris periclitatur, vel si quis necessarius naturae vsus ad depositionem superflui ponderis immineat, vel testatori vel testibus: non esse ex hoc causa testamentum subuertendum, licet morbus comitialis — vni ex testibus contigerit: sed eo, quod vrget, et imminet, repleto, vel deposito, iterum solita per testamenti factionem adimpleri. — —

dieses Sehen und Hören in allen Fällen etwas nützen, so müssen die Zeugen den Testator von Person kennen, und daher verordneten die Römer, daß die Zeugen bey ihrer Unterschrift der Testamente dazu schreiben sollten, wessen Testament sie unterschrieben hätten y). So viel von der Art und Weise, wie man ein schriftliches Testament in Rücksicht auf die äußerliche Feyerlichkeit desselben machen muß, wenn es gültig seyn soll. Was die schriftliche Abfassung desselben, in Ansehung der Ordnung, wie eins auf das andere vorgetragen werden kann, anbetrift, so ist folgendes zu bemerken. Der Eingang oder Anfang eines schriftlichen Testaments wird mit Anrufung des Namens Gottes gemacht. Freylich verlangen die Gesetze bloß bey solchen Testamenten, die Anrufung des Namens Gottes (S. 235), wenn das Testament in der Gestalt einer Notariatsurkunde abgefaßt worden z). Wer aber deswegen so ängstlich seyn, und unter dem Vorwande, der Name Gottes müsse nie gemißbraucht werden, behaupten wollte, bey andern schriftlich abgefaßten Testamenten sey es Pflicht, den Namen Gottes wegzulassen, der hat den Gebrauch sehr vieler christlich denkender Personen wider sich, und scheint keinen richtigen Begrif vom Mißbrauche des Namens Gottes zu haben. Es ist wohl nichts so sehr vermögend, ein stärkeres Denkmahl eines wahrhaftig christlichen Sinnes und Lebenswandels zu stiften, als ein in allen Stücken recht gut eingerichteter letzter Wille. Durch ihre Testa-

y) L. 9. C. de test. L. 21. pr. D. qui test. fac. poss. arg. l. 22. §. 2. C. de iure delib. l. 30. ibid. VOET ad Pand. Lib. 28. tit. 1. §. 24. S. 225. Tom. II. Edit. Col.

z) Der Herr Hofrath Claproth von Testamenten. S. 534. Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze S. 595.

Testamente sündigen ohnstreitig sehr viele Menschen noch im Grabe, ja wenn sie schon längst verweset sind. Manche ehemals reiche Familie würde gewiß noch unter die glücklichsten gehören, wenn ihre Eltern oder Großeltern, zu Schulen oder Erziehungsanstalten, Verpflegung kranker Personen, zu Arbeitshäusern, u. s. f. etwas ansehnliches vermacht, und dadurch ihre Nachkommen gleichsam beständig zu einer christlichen Wohlthätigkeit ermuntert hätten. Denn diese bringt gewiß mehr Vortheile als der niedrigste Geitz oder eine sogenannte Sparsamkeit. Nach der Anrufung des Namens Gottes folgt gemeiniglich eine allgemeine Erinnerung an Tod und Ewigkeit, wobey auch die Art und Weise des Begräbnisses bestimmt werden kann. Wie viel Gelegenheit hat ein Christ, bey dieser Gelegenheit seine frohe Aussichten in die bessere Ewigkeit zu schildern, wodurch er seinen guten Kindern gewiß mehr nützen wird, als durch eine sogenannte galante Erziehung. Der eigentliche Inhalt des Testaments besteht aus der Erbeseinsetzung, der Vormundschaftsbestellung, der Vertheilung des Vermögens, der Bestimmung der Vermächtnisse und Fideicommisse, u. s. f. Der Beschluß des Testaments wird mit den gewöhnlichen Testamentsclauseln, der Erwähnung der geschehenen Unterschrift, und Untersiegelung, desgleichen mit der Anführung des Tages und Jahres der Unterschrift des Testaments gemacht. Dieses wird hinlänglich seyn, um sich einen Begrif machen zu können, was zu einem schriftlichen Testamente erfordert werde. Nun soll auch von der äußerlichen Form eines mündlichen Testaments das nöthige gesagt werden. Ein mündliches Testament ist alsdenn vorhanden, wenn der Erblasser seinen letzten Willen, vor sieben erbetenen, testamentsfähigen Zeugen, in einer

Sprache

Sprache erklärt hat, welche die Zeugen verstehen a). Es wird also zu einem mündlichen Testamente folgendes erfordert. Erstlich muß der Erblasser seinen letzten Willen, vor sieben testamentsfähigen Zeugen, mündlich aussprechen. Unter testamentsfähigen Zeugen versteht man alle diejenigen, welche so beschaffen sind, wie sie S. 313. beschrieben worden sind. Sie müssen ferner eben sowohl zum Zeugniß erbeten worden seyn, wie es bey schriftlichen Testamenten geschieht, und wovon S. 325. gehandelt worden ist. Drittens ist nöthig, daß die Zeugen den Erblasser sehen, und ihn auch von Person kennen, damit kein Betrug vorgeht. Daher wird ein Testament für untergeschoben gehalten, wenn der Erblasser so versteckt gewesen, daß ihn die Zeugen nicht sehen können. Eben dieser Verdacht tritt ein, wenn ein Testament im Finstern ausgesprochen seyn sollte. Viertens müssen die Zeugen die Sprache des Erblassers verstehen, denn wie wollen sie denn sonst aussagen, was sie angehört haben. Endlich muß auch bey einem mündlichen Testamente die Einförmigkeit der Testamentshandlung beobachtet werden; das heißt, weder die Zeugen unter sich, noch der Erblasser mit den Zeugen dürfen etwas vornehmen, was nicht zur Testamentserrichtung selbst gehört; und es gilt hierbey alles das, was bereits S. 331. von der Einförmigkeit der Testamentshandlung gesagt worden b).

Der

a) §. 14. Inst. de test. ord. — Sed haec quidem de testamentis, quae *scriptis* conficiuntur, sufficiant. Si quis autem *sine scriptis* voluerit ordinare iure ciuili testamentum, septem testibus adhibitis, et sua voluntate coram eis *nuncupata*, sciat, hoc perfectissimum testamentum iure ciuili, firmumque constitutum.

b) L. 26. C. de test. — In testamentis *sine* scriptis faciendis, omnem formalem obseruationem penitus amputamus;

Der Erblasser muß den Erben so deutlich anzeigen, daß dabey kein Zweifel in der Person vorkommen kann; und die Zeugen sind im römischen Rechte angewiesen, den Namen des Erben sogleich aufzuschreiben. Wenn ein dabey gebrauchter Notarius dieses unterläßt, so soll er als ein Verfälscher bestraft werden [c]). Weil es sehr leicht geschehen kann, daß die Zeugen etwas von dem letzten Willen, den sie angehört haben, vergessen, so ist es gewöhnlich, daß nach geendigter Testamentshandlung entweder einer von den Zeugen, alles aufschreibt, was der Testator verordnet hat, oder es wird ein Notarius dazu genommen, wenn man einen bekommen kann. Dieses schriftlichen Aufsatzes ungeachtet bleibt das Testament immer ein mündliches Testament [d]). Es wird der Aufsatz fast eben so gemacht, wie ein schriftliches Testament abgefaßt ist, nur daß der Erblasser immer in der dritten Person angeführt wird (S. 235.). Gemeiniglich macht ein Notarius den schriftlichen Aufsatz, es kann ihn aber auch einer von den sieben Zeugen ausfertigen. Man läßt die Zeugen den Aufsatz zwar unterschreiben, doch ist es nicht nöthig, so wie auch keine Instrumentszeugen schlechterdings erfordert

tamus; vt postquam *septem* testes conuenerint, satis sit, voluntatem testatoris vel testratricis simul omnibus manifestam significantis, ad quos substantiam suam peruenire velit, vel quibus legata dare, vel fideicommissa, vel libertates disponere. — —

c) L. 8. C. qui test. fac. pos. L. 29. C. de test. — Sciturus et tabellionibus, et his qui conficienda testamenta procurant, quod si aliter facere ausi fuerint, *poenam falsitatis* non euitabunt, quasi dolose in tam necessaria causa versati.

d) Perill. NETTELBLADT D. de testam. nuncupat. in script. redacto. Hal. 1753

dert werden e). Man darf also einen solchen Aufsatz, über ein mündlich ausgesprochenes Testament, nicht etwa für ein schriftliches Testament halten, und folglich kann man auch nicht alles das dazu erfordern, was zu diesem nöthig ist. Ehe ich die Lehre von den Eigenschaften eines schriftlichen und mündlichen Testaments beschliesse, will ich noch folgende wichtige Bemerkung hinzusetzen. Nicht selten wird ein Notarius nebst zwey Zeugen, zur Testamentserrichtung, es mag ein schriftliches oder mündliches Testament gemacht werden, zugezogen, damit er über die ganze Handlung ein Instrument errichten soll. Dieser Umstand dient bey einem schriftlichen Testamente dazu, daß man aus dem Notariatsinstrumente sogleich beweisen kann, daß bey der Errichtung des schriftlichen Testaments alle Feyerlichkeiten beobachtet, z. B. die Zeugen gehörig erbeten worden, daß sie den Testator gesehen haben, daß Einförmigkeit der Zeit und Handlung beobachtet worden sind. Bey mündlichen Testamenten hat dieses Instrument noch einen größern Nutzen. Man kann daraus den Inhalt des Testaments beweisen, da man sonst die Zeugen darüber abhören lassen müßte, damit sie aussagten, was sie gehört haben, und dieses beschwören f). Wenn diese nun aber gestorben sind, oder vielleicht das mehreste vergessen haben, wie schlecht steht es alsdenn mit den eingesetzten Erben? Zum Beweiß

e) Der Herr Hofrath Claproth von Testamenten S. 120

f) Höpfners Comment. über die Instit. S. 384. Strubens rechtl. Bedenk. 5 Th. 22 Bedenk. S. 46. HERTIVS in Dec. 645. n. 5. STRYCK Vsus mod. tit. qui test. fac. poss. §. 20. de LVDOLF Symph. Vol. I Cons 44. S. 1326. MEVIVS Part. IX. Dec. 149 CARPZOV Part. III. C. 3. D. 36. 37.

des Inhalts des Testaments, es mag schriftlich oder mündlich errichtet worden seyn, brauchen nicht mehr als zwey Testamentszeugen abgehört zu werden, welche aussagen müssen, daß die sämmtlichen äußerlichen Feyerlichkeiten beobachtet worden, und sodann den ganzen Inhalt des Testaments. So viel von Privattestamenten. Ihnen werden die öffentlichen Testamente g) entgegen gesetzt. Weil ein Privattestament so sehr viele Umstände erfordert, und sehr leicht ein Fehler dabey vorgehen kann, wodurch die ganze Sache ungültig wird, so hat man eingeführt, seinen letzten Willen entweder vor dem Landesregenten, oder vor einer andern Obrigkeit errichten zu können, und hierbey werden viel weniger äußerliche Feyerlichkeiten erfordert, als bey Privattestamenten. Es bedarf hier deswegen weit weniger Feyerlichkeiten, weil nicht so leicht ein Betrug vorgehen kann, als bey Privattestamenten. Doch muß derjenige, welcher behauptet, bey einem Privattestamente wären nicht die erforderlichen Feyerlichkeiten beobachtet worden, dieses beweisen h), weil für jedes Document die Vermuthung der Gültigkeit streitet. Der Richter ist auch verbunden, das Testament alsdenn aufrecht zu erhalten, wenn nur eine Kleinigkeit versehen ist, und man ganz deutlich sehen kann, es sey alles des Erblassers Wille, und kein Betrug dabey vor-

g) de SENCKENBERG D. de testam. publ. orig. et solenn. extrinf. fec. ius Rom. ac patr. Goett. 1736. GRVPEN Obf. de forma testam. iudic. — Han. 1753. BALSER de forma test. iud. ext. Giess. 1745.

h) Strubens rechtl. Bedenk. 5 Th. 22 Bed. S. 46. de PVFENDORF Obf. Iur. vn. Tom. II. Obf. 144. S. 498.

vorgegangen i). Unter die öffentlichen Testamente gehört erstlich dasjenige, welches vor dem Landesregenten errichtet worden. Es kann auf verschiedne Weise geschehen. Man kann es dem Regenten mündlich vortragen, wer Erbe seyn soll, oder ihm ein schriftliches Testament überreichen. Man kann auch um eine Deputation bitten, und vor dieser seinen letzten Willen mündlich hersagen, oder ihr solchen schriftlich übergeben. Das römische Recht verlangt jedoch, daß dem Kayser die Testamente schriftlich übergeben werden sollen, und die mündliche Erklärung seines letzten Willens vor dem Kayser war nicht erlaubt k). Es ist genug, daß Jemand dem Landesregenten sein Testament mit einer Suplik überreicht, und braucht weiter keine Resolution darauf ertheilt zu werden. Der Kayser Honorius sagt in dem in der Note k) angeführten Gesetze, wenn erst eine Resolution darauf ertheilt werden müste, so möchten die Erblasser denken, sie dürften nun ihren letzten Willen nicht wieder ändern, und dieses sey ihnen doch bey den dem Regenten überreichten Testamenten eben sowohl erlaubt, als bey Privattestamenten. Sollte die geschehene Ueberreichung des Testaments bezweifelt werden, so

i) Decis. Cassellanae Tom. II. Dec. ult. n. 16. Leyser Spec. 500. Med. 12.

k) L. 19. C. de testam. Omnium testamentorum solennitatem superare videtur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas etiam conscientiam principis tenet. Sicut ergo securus erit, qui actis cuiuscunque iudicis aut municipum, aut auribus priuatorum mentis suae postremum publicauit iudicium: ita nec de eius vmquam successione tractabitur, qui nobis mediis et toto iure (quod in nostris est seriniis constitutum) teste succedit. — Walch de test. princ. obl. c. 2. §. 5.

kann man sie durch zwey Zeugen beweisen. Einige Rechtslehrer behaupten, bey uns würden keine Testamente auf die Art vor dem Regenten übergeben, wie bey den Römern, weil theils die Fürsten nicht in ihrem geheimen Rathscollegio auf die Art den Vorsitz hätten, wie die römischen Kayser, oder wenn ja einer oder der andere etwas ähnliches thue, so pflege man dennoch keine Testamente mehr vor ihm zu überreichen, sondern dieses gehöre für das höchste Justizcollegium, und nun sey es weiter nichts als ein gerichtliches Testament [l]). Unter einem gerichtlichen Testamente verstehen die Rechtslehrer dasjenige, welches in Gegenwart des Richters gemacht worden ist. Die gerichtlichen Testamente, so wie sie heutzutage gebräuchlich sind, rühren aus dem römischen Rechte her, und man hat bloß in Ansehung der Art und Weise, sie dem Gericht zu überreichen, und sie aufzubewahren, durch teutsche Landesgesetze oder den Gerichtsgebrauch eine Abänderung eingeführt [m]). Ein Testament kann auf zweyerley Art gerichtlich gemacht werden, nämlich entweder dadurch, daß man es schriftlich dem Gericht übergiebt, oder man erklärt seinen letzten Willen mündlich vor Gericht. Dieses wird die gerichtliche Ueberreichung des Testaments genannt, und sie ist diejenige gerichtliche Handlung, wo der Erblasser seinen letzten Willen dem Gericht in der Absicht, entweder mündlich vorträgt, oder schriftlich übergiebt, damit solcher zu den Acten gelegt werde, und er dadurch die öffentliche Glaub-

l) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 87.

m) HEVMANN spec. iur Germ. de test. tab. iudici exhib. in Exerc. Iur Rom. n 6. G. S. MADIHN D. de valid. test. non rite obl. KOPP de test. Germ. iud. S. 184.

Glaubwürdigkeit erhalte. Daß hierbey bloß die Absicht auf die Bewürkung der gerichtlichen Glaubwürdigkeit, welche alle Feyerlichkeiten der Privattestamente übertrift, gehe, fällt in die Augen, und ist in dem in der Note k) angeführten Gesetze deutlich gesagt. Die gerichtliche Errichtung eines Testaments kann auf eine doppelte Weise bewerkstelligt werden. Erstlich kann der Testator selbst an Gerichtsstelle erscheinen, und dem Gericht sein schriftlich aufgesetztes Testament selbst überreichen, oder er sagt seinen letzten Willen mündlich her, damit eine Registratur darüber verfertiget werde. Zweytens geht es auch an, daß der Testator um Abschickung einer Gerichtsdeputation zu Aufnahme seines Testaments bittet. Von der Fähigkeit des Richters ist folgendes zu merken n). Es ist der Natur einer gerichtlichen Handlung gemäß, daß niemand ein Testament annehmen könne, wer nicht wenigstens die Untergerichte hat, oder im Fall er nur eine eingeschränkte Gerichtsbarkeit haben sollte, muß er wenigstens Handlungen der freywilligen Gerichtsbarkeit vornehmen dürfen. Daß ein Auditeur, wenn er vom Chef des Regiments dazu den Auftrag erhalten, ein Testament in Empfang nehmen könne, leidet keinen Zweifel. Da Dorfschulzen und Gemeinevorsteher keine Gerichtsbarkeit noch sogenannte Registratur haben, und auch nicht berechtigt sind, öffentliche Urkunden abzufassen, so können sie auch der Regel nach kein gerichtliches Testament annehmen, es müste denn durch Landesgesetze oder Ge-

n) de PUFENDORF Obs. Iur. vn. Tom. I. Obseru. 45. HEESER de act. iud. c. 1. n. 53. Perill. H. G. BAVER D. de notione test. iud. inprimis eius, quod ruri coram sculteto et scab. cond. est valore Lips. 1766. GRIERNER Pr. de testam. iud. incom. obl.

wohnheiten ein anderes eingeführt seyn. Die Rechtslehrer behaupten auch, wenn eine augenscheinliche Todesgefahr vorhanden sey, oder wenn der Gerichtsherr, die Dorfrichter und Schöppen dazu bevollmächtigt, so könnten sie allemal ein Testament annehmen o). Der Richter kann auch sein eignes Testament in dem unter ihm stehenden Gericht niederlegen, da es eine einseitige Handlung ist, welche ihn allein angeht. Andere Grundsätze treten aber ein, wenn er ein wechselseitiges Testament bey seinen eigenen Gerichten niederlegen will. Da hier zweyerley Personen interessirt sind, nämlich der Richter für seine Person, und der andere Erblasser, so ist immer zu befürchten, daß der Richter zu dieses letztern seinem Schaden etwas verfügt, und vielleicht die Richtigkeit des wechselseitigen Testaments nur deswegen bezeugt, weil es ihm großen Nutzen bringt, wenn das Testament bey Kräften bleibt. Daher ist es nicht erlaubt, ein reciprocirliches Testament vor seinem eigenen Gericht niederzulegen p). Daß der Richter sich an gewöhnlicher Gerichtsstelle befinden müsse, ist deswegen nicht nothwendig erforderlich, weil man auch in der Wohnung des Erblassers ein gerichtliches Testament errichten kann. Eben so ist es erlaubt, das Testament zu überreichen, es mag ein Gerichtstag, Feyertag, oder Wochentag seyn. Es kommt jedoch darauf an, ob der Erblasser gefährlich krank ist, wenn die Uebergabe an Sonn- und Feyertagen geschehen soll. Daß ein Testament im versammelten,

o) Hommel Rhapf. 167. Carpzov Part. III. C. 3. Def. 21. n. 1. et 2.

p) L. 1. 5. 6. pr. l. 10. 14. 15. 18. D. ad leg. Corn. de falf. L. 38. §. 8. 9. D. de poenis. L. 2. C. de his qui sibi adsc. in test.

ten Gericht überreicht werden müsse, kann nicht behauptet werden. Man würde jedoch zu weit gehen, wenn man die ganze höchst wichtige Sache nur auf den Glauben einer einzigen Gerichtsperson wollte ankommen lassen, da so sehr leicht etwas dabey versehen werden kann. Sowohl nach dem ältern, als neuern römischen Rechte wurde ein Testament dem Gericht in Gegenwart mehrerer Personen überreicht; und aus dem Marculph q, kann man sehen, wie in Teutschland anfangs dabey zu Werke gegangen worden. Wie viel Gerichtspersonen bey einem gerichtlichen Testamente zugegen seyn müssen, darüber haben wir kein allgemein verbindliches Gesetz in Teutschland, sondern die Landesgesetze und der Gerichtsgebrauch weichen hierin sehr von einander ab, wie man

q) MARCVLPH in form. lib. 2. form. 31. — Anno illo, sub die illa, ciuitate illa, adstante defensore et omni curia illius ciuitatis, Titius prosecutor dixit: peto optime defensor, vosque laudabiles curiales atque municipes, vt mihi codices publicos patere iubeatis. Quaedam enim in manibus habeo, quae gestorum cupio allegatione roborari. Defensor et curiales dixerunt, patent tibi codices publici, prosequere quae optas. Prosecutor dixit: Caius vir illustris mihi mandauit, testamentum vt mos est, gestis municipalibus insinuarem. Defensor dixit, mandatum quidem recitatum est, sed testamentum, quod prae manibus te habere dicis, etiam nobis praesentibus recitetur, et vt postulas, gestis publicis firmetur. Post recitationem testamenti, defensor et curiales dixerunt, testamentum quod recitatum est, gestis inseratur. Prosecutor dixit: hoc amplius peto, optime defensor, ut mihi gesta publica edantur. Defensor et ordo curiae dixerunt: quia testamentum et mandatum rite condita, et bonorum virorum subscriptionibus firmata cognouimus, aequum est, vt gesta cum a nobis fuerint subscripta et ab amanuensi edita, tibi ex more tradantur, eademque in archiuis publicis conseruentur.

aus dem Heumann r), welcher die besondern teutschen Verordnungen angeführt hat, sehen kann. Der Regel nach macht der Richter und zwey Gerichtsbeysitzer, nebst dem Gerichtsactuarius ein gehörig besetztes Gericht aus s). An verschiedenen Orten werden die gerichtlichen Testamente bloß vor einigen Rathsherren übergeben. Bey sogannten landesherrlichen Aemtern, wo ein Amtmann und Actuarius ist, kommt es auf die Instruction an, ob beide gemeinschaftlich, oder jeder für sich, gerichtliche Handlungen vornehmen dürfen, und hier wird bisweilen nochmals ein Unterschied zwischen Nothfällen gemacht. Sollte aber hierüber gar nichts bestimmt seyn, so kann man wohl schon daraus, daß mehrere Personen zu Verwaltung der Gerichtsbarkeit angenommen wurden, den Schluß machen, daß nur im Nothfalle der Amtmann für sich allein, oder der Gerichtsschreiber für sich allein ein Testament gerichtlich annehmen könne. Der Gerichtsgebrauch geht gleichwohl hier und da so weit, daß man ein Testament, welches in Abwesenheit des Amtsschreibers dem Amtmann übergeben, oder vor ihm mündlich errichtet worden ist, für gültig erklärt t). Wenn nur eine Person zur Verwaltung der Gerichtsbarkeit bestellt worden, welches bey Gerichtsverwaltern gemeiniglich der Fall ist, so ist diese zugleich mit auf das Protocoll

r) HEVMANN Spec. iur. germ. de test. tab. iud. exhib. in Exerc. Spec. 4 c. 1. 2. 3.

s) CARPZOV Def. Const. 3. Def. 20. HEESER de act. iud. c. 1. n. 39. RICHTER in Dec. 30. T. I. HEVMANN Spec. iur. Germ. 7. §. 3.

t) Strubens rechtl. Bedenk. 2. Th. 51 Bed. S. 171. LEYSER Spec. 71. med. 4—6. LAVTERB. de test. publ. §. 17. KRAVSE de test. controu. pot. publ. §. 19. BALSER de forma testam. extraiud. §. 89. 91.

coll verpflichtet, und bey Gerichtstagen sind die Schöpfen zugegen, folglich kann dieser Gerichtsperson allerdings ein Testament übergeben werden. Hier kommt die sehr streitige Frage war, ob der Richter auch außerhalb seines Gerichtsdistrikts ein gerichtliches Testament aufnehmen könne. Verschiedene Rechtslehrer behaupten es, andere aber leugnen es schlechterdings, weil dieses ein strafbarer Eingriff in die Gerichtsbarkeit sey u). Daher ist es der Klugheit gemäß, daß der Testator, wenn er sich nicht selbst ins Gericht begeben kann, denjenigen Richter zu sich erbitten läßt, unter welchem er entweder für seine Person steht, oder dem das Haus unterworfen ist, worin er jetzt ist. Alsdann kann aber ein Testament mit Recht einem fremden Richter übergeben werden, wenn der Testator sich zu ihm in seinen Gerichtsbezirk begiebt, denn hier übt der Richter seine Gerichtsbarkeit nicht außerhalb den Grenzen seines Gerichtssprengels aus x). In Churſachsen ist die Sache folgendermaßen in der achten neuesten Decision von 1746 entschieden: daß zwar der requirirte fremde Richter an den Ort, wohin er ersucht worden, mit seinen Beysitzern sich sofort einfinde, und des Testators letzten Willen auf- und annehme, jedoch aber dabey längstens binnen 8 Tagen von Zeit des errichteten oder aufgenommenen Testaments dem ordentlichen Richter von dem beschehenen Actus mit der Erklärung, daß es ihm an seinen Gerichten unschädlich seyn solle, Notification ertheile, und die ihm we-

u) GEBAVER de Iurisd. CONRADI de test. publ. LEYSER Spec. 354. med. 2. CARPZOV Dec. 293. n. 10. HARPRECHT de test. publ. I. T. RICHTER D. de test. a iudice incomp. in territ. alieno condito inualido.

x) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 98.

wegen des Testaments entzogenen Sporteln der Taxordnung gemäß mit überschicke. Reichsunmittelbare Personen können ihre Testamente, sowohl beym Reichshofrath als beym Cammergericht in Wezlar übergeben [y]). Eine andere sehr bestrittene Frage, welche hier vorkommt, besteht darin, ob der Testator auch Jemanden anders für sich schicken könne, dem Richter sein Testament zur gerichtlichen Annahme zu übergeben. Diejenigen welche dieses für erlaubt halten, führen an: da man in allen Fällen einen Bevollmächtigten brauchen könne, wo es die Gesetze nicht schlechterdings verbiethen, so sey kein Grund vorhanden, warum dieses nicht auch bey der Uebereichung eines Testaments erlaubt seyn sollte. Nur müsse der Bevollmächtigte eine besonders dazu erhaltene Vollmacht beybringen, oder es müsse auf andere Art bewiesen werden, daß die Uebergabe des Testaments mit des Erblassers Willen geschehen sey [z]). Darauf antworten aber die Gegner: die Ueberreichung des Testaments kann weder durch einen Brief an den Richter geschehen, noch durch einen Bevollmächtigten, und zwar aus folgenden Ursachen. Dürfte die Ueberreichung eines Testaments durch einen Bevollmächtigten geschehen, so würde es sehr oft an der Gewißheit des Willens des Erblassers fehlen, worauf doch bey einem Testament alles ankommt. Die Absicht der gerichtlichen Testamente geht einzig und allein dahin, daß die Testamente wegen

y) TAFINGER Institut. Iurisprud. camer. §. 386 und 620.

z) DECIS. CASSELLANAE Tom. I. Dec. 21. WALCH D. de test. princ. obl. c. 2. §. 4. WAHL Diss. de iusta lib. hered. inst. forma S. 24. Strubens Bed. 1. Th. 134 Bed. S. 316. 4. Th. 88 Bed. S. 230. Quistorps Beytr. 3 St. S. 134.

gen Mangel an den äußerlichen Feyerlichkeiten nicht ungültig werden mögen, aber in Rücksicht auf die Gewißheit des Willens des Erblassers ist nichts abgeändert worden. Wie leicht ist es möglich, daß Jemand eine falsche Vollmacht vorzeigt, oder dem Erblasser das Testament heimlich wegnimmt, und es ins Gericht bringt. Daraus entstehen sodann die langwierigsten Processe. Es giebt zwar Facultäten und andere Spruchcollegia, welche ein Testament gelten lassen, welches durch einen Bevollmächtigten überreicht worden ist; die mehresten höchsten Gerichte lassen dergleichen Testamente aber nicht paßiren, und daher ist es allemal gefährlich, wenn Jemand sein Testament durch einen Bevollmächtigten überreicht [a]). Was nun die Errichtung eines gerichtlichen Testaments selbst anbetrift, so ist dabey ein vierfacher Unterschied zu machen. Erstlich, wenn der Erblasser an der Gerichtsstelle selbst erscheint, und sein bey sich habendes bereits schriftlich aufgesetztes Testament, zur gerichtlichen Annahme überreichen will, so hat der Richter folgendes zu beobachten. Sollte der Testator für seine Person dem Richter unbekannt seyn, so muß er ihn von glaubhaften Personen für denjenigen anerkennen lassen, für den er sich ausgegeben hat. Es fließt dieses aus der Natur der Sache, weil sonst gar leicht Betrügereyen vorgehen könnten, wenn der Richter von solchen Personen Testamente annehmen wollte, die ihm ganz unbekannt sind, und überdieses würde er ja nicht gewiß seyn können,

a) de CRAMER Obs. Iur. vn. Tom. I. Obs. 17. de PVFENDORF Tom. IV. Obs. 197. S. 416. IDEM in animad. 87. HEVMANN Exercit. T. I. Spec. 5. §. 5. BARTH de test. princ. aut. com. oblato. c. 5. §. 10. SPIES de test. per proc. non insin. §. 3. HELLFELD Iurispr. for. §. 1409.

können, ob er die Wahrheit bezeuge, wenn er in dem ausgestellten Empfangscheine sagt, daß der und der sein Testament bey ihm übergeben habe [b]). Ein Formular einer Registratur über den Fall, wenn der Erblasser erst recognoscirt werden muß, ist S. 245 abgedruckt worden. Ist bey der Person des Erblassers nichts zu erinnern, so nimmt man seine Erklärung, daß der überreichte schriftliche Aufsatz sein Testament sey, zu Protocoll. Wenn das Testament offen überreicht worden, so muß es dem Erblasser vernemlich vorgelesen und hierauf von ihm der Inhalt genehmigt, wie auch Unterschrift und Siegel als die Seinigen anerkannt werden. Nach vorgelesenem Inhalte hat der Richter genau zu untersuchen, ob das Testament nicht etwa einen solchen Fehler habe, wodurch es schlechterdings ungültig werden muß. Findet er dieses, so muß er es dem Erblasser sagen, weil es die größte Schande für einen Richter ist, wenn er nichtige Handlungen bestätigt. Damit er hierbey nichts versieht, so muß er prüfen, ob denn der Erblasser das Recht habe, ein Testament zu machen, ob bey der Erbeseinsetzung, und den Vermächtnissen nichts versehen sey [c]). Das Protocoll über einen solchen Fall kann ohngefähr folgendergestalt abgefaßt werden:

Geschehen N. — —

Erschien N. von N. und übergab einen Aufsatz mit der Erklärung, daß dieses sein letzter Wille sey, welchen er zu den Gerichtsacten zu nehmen, demnächst

b) VOET ad Pand. lib. 28. tit. 1. n. 24. Tom. II. S. 225. Ed. Col. arg. l. 22. C. de iure delib. Nov. 73. c. 1.

c) Der Herr Hofrath Claproth in der Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen S. 178.

nächst nach seinem erfolgten Ableben zu publiciren, und obrigkeitlich darüber zu halten bäte.

Es wurde hierauf demselben der übergebene Aufsatz deutlich vorgelesen, und ihm nach geschehener Vorlesung eröfnet, daß es nicht angehe, seiner noch lebenden Mutter bloß etwas zu vermachen, sondern er müsse dieselbe ordentlich zur Erbin einsetzen, und ihr wenigstens den Pflichttheil zukommen lassen.

N. N. erklärte hierauf, wie er diesen seinen letzten Willen, in diesem Puncte hiermit dahin abändern wolle, daß er seine Mutter zur Erbin des ihr den Gesetzen nach gebührenden Pflichttheils einsetze. Alles andere, was in diesem ihm vorgelesenen Aufsatze enthalten, sey seine wahre Willensmeynung, wie er denn solches alles hiermit nochmals genehmigt und gebeten haben wolle, nach seinem Tode obrigkeitlich darüber zu halten.

Hat der Richter die fehlerhafte Stelle des Testaments durch den Erblasser berichtigen lassen, oder es ist an dem Testamente nichts auszusetzen, so wird folgende Resolution zum Protocoll gegeben:

Es solle dieser letzte Wille zu den gerichtlichen Acten gelegt, nach des Erblassers Tode eröfnet, und so weit Rechtens von Obrigkeits wegen darüber gehalten werden. Beschlossen N. im Gericht — —

Nachdem dieses geschehen ist, so wird das schriftlich überreichte Testament nebst dem Protocoll in ein Couvert eingeschlossen, und dasselbe mit dem Gerichtssiegel versiegelt, damit Niemand das Testament lesen kann. Machen die Gerichtspersonen den Inhalt des Testaments bekannt, so kann man eine Injurienklage gegen sie anstellen [d]). Auf das Couvert wird der Name des Erblassers und der Tag der Ueberrei-

d) HEVMANN Exercit. Tom. I. Spec. 9. §. 11 und 12.

berreichung des Testaments angemerkt. Der Erblasser bekommt sodann einen sogenannten Depositionsschein unter Gerichts Hand und Siegel, ohngefehr folgenden Inhalts.

Demnach bey hiesigem Churfürstl. Amte, der Schulmeister N. zu N. seine letzte Willensverordnung niedergelegt: Als wird demselben gegenwärtiger Depositionsschein darüber ertheilt, und soll nach dessen Tode, so weit es den Rechten gemäß, über dessen letzten Willen obrigkeitlich gehalten werden. Urkundlich des hierunter gelegten Churfürstl. Amtssiegels und nebengesetzter gewöhnlicher Unterschrift. Besiegelt N. den — —

Der Herr Hofrath Claproth hat S. 203 seiner Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen, ein Formular eines Depositions-Scheins abdrucken lassen, wie er alsdenn ausgestellt seyn muß, wenn ein Testament auffergerichtlich überreicht worden.

Demnach N. um eine Deputation zu Aufnehmung seines letzten Willens in seiner Behausung nachgesucht, die Herren Deputirte auch heute selbigen im Gericht überliefert, und dieser darauf zu den gerichtlichen Acten geleget; Als wird dem Testator hierüber dieser Depositions-Schein in beglaubter Form ausgestellt, und soll nach dessen Tode, so weit es den Rechten gemäß, obrigkeitlich über sothanen letzten Willen gehalten werden. Urkundlich des hierunter gelegten Gerichts-Siegels und der gewöhnlichen Unterschrift. Besiegelt N. den 29 Dec. 1788. — —

Ist das Testament dem Gericht versiegelt e) vorgelegt worden, so muß der Richter einen Unterschied

e) Der Herr Hofrath Claproth von freywilligen Gerichtsh. S. 191.

schied machen, ob der Erblasser geschriebenes lesen kann, oder nicht. Im ersten Falle ist nicht so viel Verdacht vorhanden, daß vielleicht ein Betrug dabey vorgegangen sey. Der Richter frägt also nur den Erblasser, ob er sein Testament gelesen habe, und mithin genau wisse, was darin stehe. Antwortet der Testator, der Inhalt sey ihm vollkommen bekannt, und es sey alles sein Wille, so wird eine Registratur darüber abgefaßt, und ihm sodann der Depositionsschein zugestellt. Die Registratur kann folgendergestalt abgefaßt werden:

Geschehen d. den 28 Aug. — —

Erschien N. von N. und übergab einen versiegelten Aufsatz mit der Erklärung, daß dieses sein letzter Wille sey, welchen er zwar aufsetzen lassen, jedoch habe er denselben selbst durchgelesen, auf allen Seiten eigenhändig unterschrieben und besiegelt, wie er denn auch denselben selbst in diesen Umschlag gesiegelt, und die auswendig darauf befindlichen Worte: dieses ist mein letzter Wille, eigenhändig darauf geschrieben habe, mithin gewiß wisse, daß es sein Testament, und nicht untergeschoben sey; wolle bitten, dasselbe so lange zu den Gerichtsacten zu nehmen, bis er dasselbe entweder wieder abfordern, oder durch seinen Tod bestätigen würde, sodann aber solches zu eröfnen und obrigkeitlich darüber zu halten.

Nachdem man nun, da der Testator dem Gericht genau bekannt, bey seinem Ansuchen kein Bedenken gefunden; Als ist das Testament gerichtlich angenommen, und in dem Testamentsschranke verwahrlich beygelegt worden, worüber dem Testator ein gewöhnlicher Empfangsschein ausgefertigt werden soll. Geschehen wie oben — —

Gesteht der Testator, daß er weder das Testament selbst gelesen, noch sichs vorlesen lassen, so giebt

ihm der Richter zu erkennen, wie leicht auf diese Art ein Fehler vorgehen könne, er möchte also das Testament entweder selbst durchlesen, oder sichs vom Gericht vorlesen lassen. Will dieses der Erblasser nicht, so muß er entweder im Gericht auf den Umschlag des Testaments die Worte schreiben: hierin, oder, dieses ist mein letzter Wille, Leipzig, den 28 Jul. 1790. N. N., oder zum Protocoll erklären, daß in dem Umschlage sein letzter Wille befindlich sey. Da auf die Gewißheit des letzten Willens alles ankommt, so ist es Pflicht des Richters, von Seiten des Erblassers eine deutliche Antwort zu verlangen, daß es würklich sein Testament sey, welches er dem Gericht eingehändigt hat. Uebergiebt Jemand, welcher weder schreiben noch lesen kann, dem Gericht einen schriftlichen Aufsatz, von dem er behauptet, es sey sein Testament, so ist wieder die erste Sorge des Richters, sicher herauszubringen, daß kein Betrug gespielt worden. Hier muß der Richter sogleich erklären, daß dieses Testament nicht anders gerichtlich angenommen werden könne, als wenn es ihm vom Gericht erst vorgelesen worden; denn er, der Testator, wisse ja unmöglich ganz zuverläßig, was in dem Testament stehe, und müsse sich nur auf andere verlassen, die ihm das Testament vorgelesen haben. Will der Erblasser die gerichtliche Vorlesung nicht geschehen lassen, so wird er abgewiesen, weil es von Seiten des Gerichts ganz an der Gewißheit des letzten Willens fehlt, worauf doch alles ankommt [f]). Personen, die nicht lesen können, werden den Blinden gleich gehalten. Da nun bey dem gerichtlichen Testamente keine acht Zeugen gebraucht

werden,

f) Herr Hofrath Claproth von freywilligen Gerichtshandlungen S. 193.

werden, so muß die Vorlesung des Richters an die Stelle des achten Zeugen treten g). Zeither ist gezeigt worden, wie sich der Richter zu verhalten hat, wenn ihm ein schriftliches Testament, im Gericht zur Annahme überreicht worden. Es fehlt aber nicht an Fällen, wo Jemand ein mündliches Testament vor Gericht machen will. Tritt dieser Fall ein, so wird der letzte Wille zu Protocoll genommen. Die Ordnung des Protocolls ist folgende. Erstlich geschieht der Nachsuchung um Aufnahme des Testaments, ingleichen der gefaßten Resolution, sich diesem Geschäfte zu unterziehen, Meldung; sodann folgt die Beschreibung des Gemüthszustandes des Erblassers, und nun kommt die Reihe an den Inhalt der letzten Willensverordnung selbst. Hier wird, wo nöthig, des Begräbnisses gedacht, alsdenn der eingesetzte Erbe deutlich genennt; und wenn er unter einer Bedingung eingesetzt worden, so wird diese genau bestimmt angeführt, und was der Testator über die Vormundschaft angeführt hat; sodann folgen die Vermächtnisse, Bestätigung künftiger Codiciile, Strafen der Anfechtung des Testaments; worauf zuletzt die Vorlesung, Unterschrift und Besiegelung bemerkt wird. Das Protocoll muß dem Erblasser langsam und deutlich vorgelesen und erklärt werden. Man läßt ihn auch das Protocoll unterschreiben, wenn er schreiben kann. Hierauf wird es in einen Umschlag gelegt, mit dem Gerichtssiegel versiegelt, in den Testamentsschrank beygelegt; und dem Erblasser ein Empfangschein zugestellt. Ein Formular eines an Gerichtsstelle erklärten letzten Willens ist S. 234 befindlich. Nach dem römischen Rechte

g) BOEHMER D. de testam. non prael. §. 45. Ord. Not. §. 9. von Testam.

wird erfordert, daß ein der Obrigkeit überreichtes Testament, schriftlich abgefaßt, und dabey die gehörigen Feyerlichkeiten beobachtet worden. Man überreichte es der Obrigkeit bloß der Sicherheit wegen, damit es nicht verlohren gehen, gestohlen, oder untergeschlagen werden mögte. Die gerichtliche Annahme war also nicht so gut, als die Beobachtung der äußerlichen Form des Testaments [h]). Daraus sieht man, daß unsere heutigen gerichtlichen Testamente, welche eben deswegen eingeführt worden, damit man die ängstlichen äußerlichen Feyerlichkeiten nicht zu beobachten braucht, eine teutsche Erfindung sind. Ob die Römer auch mündlich der Obrigkeit vorgetragene Testamente gehabt haben, darüber wird von den Rechtslehrern gestritten. Conradi behauptet es, Madihn und andere leugnen es, welche Meynung mir auch wahrscheinlich ist, weil die Römer bey der Ueberreichung der Testamente eine ganz andere Absicht hatten, als wir heutzutage haben [i]). Bey den Römern wurden die Testamente in den Hauptstädten dem Magistro Census, in den Municipiis aber den Duumviris und Defensoribus ciuitatis übergeben. Diese öffentlichen Testamente sind erst von den christlichen Kayfern eingeführt worden. Die Gelegenheit dazu gaben die Testamente der Ehegatten. Nach dem Poppäischen Gesetz durften sie einander nicht eher zum Erben einsetzen, als wenn sie mit einander Kinder in der Ehe erzeugt hatten. Gegen dieses Gesetz dispensirten nun die christlichen Kayser dann und wann, und bey dieser Gelegenheit führten die Kayser Valentinian der 2te und Honorius die öffent-

h) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 96.
i) CONRADI D. de test. publico, s. quod fit apud acta. MADIHN D. de valid. test. non rite oblati §. 14.

öffentlichen Testamente ein. Der Kayser Justinian erlaubte in der Folge auch allen übrigen Personen öffentliche Testamente zu machen [k]). Es ist zeither davon das wichtigste angeführt worden, wie sich der Richter zu verhalten hat, wenn der Erblasser in der Gerichtsstube erscheint, und sein schriftliches Testament zur Verwahrung übergiebt, oder er bittet seinen mündlich ausgesprochenen letzten Willen zu Protocoll zu nehmen. Da es aber sehr häufig vorkommt, daß der Richter ersucht wird, in der Wohnung des Testators dessen letzten Willen anzunehmen, so will ich auch davon etwas sagen. Eigentlich sollte es nur alsdenn geschehen, daß der Richter sich zum Erblasser begiebt, um sein Testament aufzunehmen, wenn er so krank ist, daß er nicht im Gericht erscheinen kann, oder von sehr vornehmen Stande ist. Man thut es aber von Gerichtswegen sehr gerne, weil viel dafür bezahlt werden muß. Wenn der Richter berechtigt seyn soll, zu Jemanden ins Haus zu kommen, um sein Testament anzunehmen, so muß er vorher darum ersucht worden seyn. Dieses Ansuchen kann schriftlich und mündlich geschehen. Geschieht es schriftlich, so wird das Schreiben an das ganze Gericht überschrieben; bey dem mündlichen Ansuchen meldet man sich aber nur bey dem Director des Gerichts, entweder in seiner Privatwohnung, oder an der Gerichtsstelle. Der Erblasser kann selbst kommen, oder Jemanden anders schicken; ja sogar der Erbe darf den Richter ersuchen [l]). Sobald das Ansuchungsschreiben zu den Acten genommen, oder das mündli-

k) Herr Prof. Westphal von Testamenten S. 159. GOTHOFREDVS ad leg. 6. Cod. Theod. de inoff. test.

l) BERGERI Oecon. Iur. lib. II. tit. 4. thes. 2. n. 11. S. 253. edit. nou. an. 1771.

che Verlangen protocollirt worden, so ertheilt der Director des Gerichts, einigen Gerichtsbeysitzern nebst dem Actuarius den Auftrag, zu der vorhabenden Absicht, oder geht selbst nebst dem Actuar, und dieses wird protocollirt, wie das S. 218 befindliche Protocoll beweißt. In Churſachſen iſt in der 45 Deciſion verordnet; daß bey Inſinuation des Teſtaments genug ſeyn ſoll, wenn ſich der Richter und geſchworne Actuarius an ordentlicher Gerichtsſtelle gegenwärtig befindet, obgleich kein Schöppe dabey vorhanden. Des Actuarii Perſon aber kann keinesweges übergangen oder außengelaſſen werden, es wäre denn des Teſtatoris Todesgefahr gegenwärtig, und der Richter könnte den Actuarium ſo geſchwind nicht erlangen; auf dieſen Fall, und wenn der Richter wegen ſolcher Gefahr gerichtlich atteſtiret, ſoll das Teſtament für beſtändig gehalten werden, außer welcher Neceſſität aber dieſe unſere Deciſion nicht zu extendiren iſt. Wenn auch einer von Adel dem geſchwornen Actuarius die Verwaltung der Gerichte aufgetragen hätte, und demſelben allein ein Teſtament übergeben und inſinuirt würde, er auch einen Gerichtsſchöppen ſo geſchwind nicht erlangen könnte, und ſich bey dem Teſtator die Todesgefahr ereignete, ſo ſoll ſolch Teſtament, wenn der Actuarius von der gegenwärtigen Gefahr gerichtlich atteſtirt, gleichfals gültig ſeyn, und dafür geachtet werden. In der 73 Deciſion wird geſagt; wollen, daß dießfalls bey dem Actuarius zum wenigſten zwey Gerichtsperſonen ſeyn ſollen, wenn von ihm ein Teſtament errichtet, oder ein allbereit gefertigtes übergeben wird, es wäre denn, daß dem Actuarius von dem Gerichtsherrn die gänzliche Verwaltung der Gerichtsſachen, durch eine gewiſſe Beſtallung aufgetragen, da er denn des Richters Stelle vertrete, und alſo genug wäre, wenn er

gleich

gleich nur eine Person bey Aufrichtung des Testaments bey sich gehabt. Wenn in den Landesgesetzen nichts deutlich bestimmt ist, wie viel Personen abgeschickt werden sollen, so ist es dennoch der Natur der Sache gemäß, daß bey Gerichten, welche aus mehrern Beysitzern bestehen, zwey Beysitzer und der Actuarius oder Secretair abgeschickt werden, wenigstens ist es am sichersten, wenn gleich an manchen Orten zwey Personen für hinreichend gehalten werden [m]), und einige Rechtslehrer gar behaupten, es sey der Richter ohne den Actuarius schon hinreichend, um das Testament annehmen zu können; ja sie gehen so weit und wollen, daß dem Richter auf sein bloßes Wort geglaubt werden müsse, wenn er auch nicht einmal ein Protocoll über die Annahme des Testaments gefertigt habe [n]). Wenn die Gerichtspersonen in der Wohnung des Erblassers erschienen sind, so wird das Protocoll mit Anführung des Orts, ohne jedoch wie es in Notariatsinstrumenten zu geschehen pflegt, die Stube und Himmelsgegend anzumerken (S. 236), mit Bemerkung der Zeit bis auf die Viertelstunde (S. 218) angefangen, und zwar deswegen, weil der Erblasser vielleicht etliche Stunden nachher keinen Verstand mehr haben kann, und es nun viele Weitläuftigkeit verursachen würde, zu beweisen, daß der Erblasser bey Errichtung seines Testaments noch den gehörigen Verstand (S. 267) gehabt habe, im Fall das Testament aus diesem Grunde angefochten

m) CARPZOV Const. III. Part. III. Def. 19. Nettelbladts Anleitung zur außergerichtlichen Rechtsg. §. 195.

n) Höpfners Comment. über die Inst. S. 376. Strubens rechtl. Bed. 2 Th. 51 und 52 Bed. S. 171. LAVTERBACH de test. iud. th. 23. NETTELBLADT de test. nuncup. in script. red. c. 1. §. 13.

würde o). Nach Bemerkung der Zeit, wenn das Protocoll angefangen worden, muß die Veranlassung desselben, und wie man den Testator gefunden hat, angeführt werden (S. 218 und 228). Sollte der Erblasser Reden führen, welche den Mangel der Verstandeskräfte hinlänglich anzeigen, oder er spricht während daß er seinen letzten Willen erklärt, widersinnig, so muß alles genau zu Protocoll genommen werden, und zwar der Zeitordnung nach. Fehlt es dem Testator an den zu einer Testamentserrichtung erforderlichen Verstandeskräften, weil er raßt, oder doch kein Besinnen mehr hat, so wird das Protocoll geschlossen, und es kommt also gar nicht zur Testamentserrichtung. Im Fall aber der Erblasser nur sehr matt ist, und deswegen von Zeit zu Zeit inne gehalten werden muß, damit der Kranke wieder zu Kräften kommt, er spricht übrigens allemal völlig verständig, und es enthält auch sein letzter Wille keinen Wiederspruch, so ist dieses für keine Ursache der Ungültigkeit anzusehen. Ein solcher Fall tritt oft ein, und man muß dieses auch für keine Unterbrechung der Einförmigkeit der Testamentshandlung halten, wie wir S. 333 gesehen haben. Denn daß die Einheit der Testamentshandlung, auch bey gerichtlichen Testamenten vorhanden seyn müsse, daran ist kein Zweifel, weil sie deswegen vorgeschrieben ist, damit man von der Gewißheit des Willens des Testators mit Grunde versichert seyn kann p). Die Testamentshandlung nimmt bey einem gerichtlichen Testamente ihren Anfang mit dem Anfange des Protocolls, und

o) Der Herr Hofrath Claproth von freywilligen Gerichtshandl. S. 196.

p) L. 78. C. de test. L. f. §. vlt. C. de cod. arg. l. 3. D. de test. mil. Claproths Rechtswissenschaft von freywill. Gerichtsh. S. 190.

und endigt sich mit dem Schlusse desselben, folglich dürfen in dieser Zeit keine bürgerliche Geschäfte, oder Schmausereyen vorgenommen werden. Findet sich bey den Gesundheitsumständen desjenigen, der sein Testament in seiner Wohnung, vor der dazu erbetenen Gerichtsdeputation übergeben will, nichts bedenkliches, so wird bey der Aufnahme des letzten Willens anders zu Werke gegangen, wenn der Erblasser ein schriftliches Testament machen will, und wieder anders, wenn er seinen letzten Willen mündlich auszusprechen entschlossen ist. Hier sind in beiden Fällen die nämlichen Grundsätze anwendbar, welche bereits S. 342 vorgekommen sind. Die Gerichtsdeputation verhält sich nämlich anders, wenn ihr der Erblasser ein offenes schriftliches Testament vorzeigt, und wieder anders, wenn ihr ein versiegelter letzter Wille zur Annahme überreicht wird. Will aber der Erblasser sein Testament mündlich erklären, so wird es zu Protocoll genommen, ohngefähr auf die Art wie die S. 218. 228. und 254. befindlichen Formulare abgefaßt sind. Kann der Erblasser schreiben, so ist es in allen Fällen rathsam, ihn das gehaltene Protocoll unterschreiben, oder mit drey Kreutzen unterzeichnen zu lassen. Hierauf wird das Testament nebst dem Protocoll in einen Umschlag geschlossen, mit der nöthigen Aufschrift versehen, und von dem Actuarius mit dem kleinern Gerichtssiegel, von sämmtlichen Deputirten aber mit ihren Privatpetschaften versiegelt. Sämmtliche Deputirte müssen das Protocoll eben sowohl unterschreiben, als der Erblasser und Gerichtsschreiber. Dieses versiegelte Testament wird sodann in der nächsten Gerichtssession abgeliefert. Hier muß dem Gerichtsdirector alles gemeldet werden, wie man bey der Annahme des Testaments zu Werke gegangen ist. Findet sich, daß

wesentliche Fehler begangen worden, z. E. das Protocoll ist nicht vorgelesen worden, man hat ein verschlossenes Testament angenommen, ohne sich auf die Art dabey zu verhalten, wie S. 353 gezeigt worden, oder es stehen unerlaubte Puncte im Testament, so müssen diese Fehler durch eine schleunige Deputation sogleich verbessert werden, weil nichts unbilliger ist, als Jemanden durch das Versehen des Gerichts Schaden verursachen. Sollte hingegen alles gesetzmäßig geschehen seyn, so wird über die Ueberreichung des Testaments eine kurze Registratur gemacht, und hierauf der Entschluß gefaßt, daß das überreichte Testament zu den gerichtlichen Acten gelegt, nach des Erblassers Tode erbrochen, und soweit Rechtens obrigkeitlich darüber gehalten werden solle. Endlich wird das Testament und die Registratur nochmals in einen Umschlag gelegt, und mit dem Gerichtssiegel versiegelt. Auf den Umschlag wird der Name des Erblassers und der Tag der Annahme des Testaments angemerkt, und der Testator bekommt ebenfalls einen gerichtlichen Schein, von der Annahme des Testaments, welcher so beschaffen ist, wie ich S. 352 gezeigt habe. Damit die dem Gericht zur Verwahrung übergebenen Testamente nicht verlohren gehen, so wird in ordentlichen Gerichten ein sogenanntes Testamentsbuch gehalten, welches folgende Rubriken hat: 1) die Namen der Erblasser nach alphabetischer Ordnung, 2) der Tag der Uebergabe, und 3) die Zeit der Publication oder der Zurückgabe. Die Testamente selbst, werden in weitläuftigen Gerichten in einen besondern Testamentsschrank, worin Fächer nach der Ordnung des Alphabets sind, gelegt, oder wo dieser Schrank nicht ist, so legt man sie in den Depositenschrank. So wie sich übrigens selbst der Richter der Erbrechung des Testaments vor der

verlang-

verlangten oder nöthigen Publication zu enthalten hat, so ist es auch seine Pflicht dafür zu sorgen, daß kein Dritter das Testament aufbricht und liest, oder wohl gar auf die Seite schaft. Damit nun der Erblasser recht gewiß überzeugt seyn kann, daß mit seinem Testament keine Verfälschung vorgenommen, oder es verlohren werden kann, ist es eine gute Vorsicht, entweder zwey gleichlautende Abschriften des Testaments zu übergeben, davon eins das Gericht behält, das andere aber der Erblasser, nachdem die Ueberreichungsregistratur auf das Testament geschrieben, oder aber mit dem Testament in einen besondern Umschlag gerichtlich eingesiegelt worden, zu eigner Verwahrung zurück erhält. Es geht auch an, das nämliche Testament in zweyerley Gerichten zu übergeben, um dadurch alle Verfälschung zu verhüten, worauf nach erfolgtem Tode jedes Gericht für sich allein die Publication des Testaments vornimmt, ohne sich dadurch abhalten zu lassen, daß das andere Gericht dieses Testament bereits publicirt hat; denn durch die doppelte Publication zeigt sichs eben, ob die Testamente beide völlig gleichlautend sind. Nur versteht sichs von selbst, daß der Erblasser nicht auch beide Gerichte zu Testamentsexecutoren ernennen kann, weil sonst die gröste Unordnung daraus entstehen würde. Zum Beschluß dieses Paragraphens will ich doch auch etwas von der Aufbewahrung eines Privattestamentes anführen. Diese Art von Testamenten behält gemeiniglich der Erblasser in seiner Verwahrung, und legt solche an einen solchen Ort, wo sie nach seinem Tode am leichtesten gefunden werden. Es geschieht jedoch auch, daß er das Testament entweder dem Erben selbst, oder dem Notarius, vor welchem das Testament gemacht worden, oder den Testamentsexecutoren zur Verwahrung übergiebt. Findet der

Testa=

Testator in der Folge für gut, sein zeitheriges Privattestament gerichtlich zu übergeben, so hört es von dieser Zeit an auf ein Privattestament zu seyn, und wird ein gerichtliches. Diese gerichtliche Uebergabe ist alsdann anzurathen, wenn bey den Zeugen Bedenklichkeiten vorfallen.

§. 4.

Von den Personen, die zu Erben eingesetzt werden können.

Im vorigen Paragraphen ist von der äußerlichen Form der Testamente gehandelt worden (S. 300). Nun muß auch von der innerlichen Form eines Testaments das nöthige gesagt werden q). Sie wird das Wesen des Testaments genannt, weil ohne dieselbe gar kein Testament vorhanden seyn kann; und besteht in der Erbeseinsetzung, oder in der Ernennung eines Erben. Damit die erstaunend große Menge der Rechtswahrheiten von der Erbeseinsetzung gehörig übersehen werden kann, so muß man sie in folgender Ordnung vortragen. Erstlich wird bestimmt, wer zum Erben eingesetzt werden kann. Zweytens zeigen die Rechtslehrer die Art und Weise wie sich der Erblasser in allen Fällen erklären muß, damit man gewiß weiß, wen er zum Erben ernennen wollen. Drittens wird von den Sachen gehandelt, worüber man ein Testament machen kann. Unter dem Erben verstehen die Gesetze diejenige Person, welche in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers tritt, die nicht mit dem Tode desselben aufhören. So wie nicht jeder Mensch nach Verordnung des römischen Rechts, ein Testament machen konnte, wie wir S. 267 gesehen haben, so war es auch demjenigen der ein Testament machen durfte, nicht erlaubt, bey der Ernennung seines Erben zu handeln, wie er wollte, sondern

q) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 118.

sondern die Gesetze setzten fest, wer schlechterdings allemal zum Erben eingesetzt werden sollte. Dergleichen Erben wurden Notherben genannt, und die Ernennung derselben zum Erben, hieß die nothwendige Erbeseinsetzung. Hatte der Testator keine Notherben, so wurde weiter verordnet, wer alsdenn zum Erben eingesetzt werden könnte, und diese Personen nennte man willkührliche Erben r). Der Deutlichkeit wegen muß zuerst von der nothwendigen Erbeseinsetzung gehandelt werden, und sodann geht man zu der Lehre von der willkührlichen Erbeseinsetzung über. Da die Gesetze über diese beyden Arten der Erbeseinsetzung nach und nach gegeben worden sind, so muß man auch mit der Geschichte, wie die Verordnungen in dieser Materie auf einander gefolgt sind, genau bekannt seyn, denn man ist sonst nicht vermögend, die einzelnen Rechtswahrheiten zu verstehen s). Anfangs hatten die römischen Bürger die völlige Freyheit, wen sie zum Erben einsetzen wollten; weil es in den Gesetzen der 12 Tafeln hieß: was jeder römische Bürger in seinem Testament festgesetzt hat, dabey soll es bleiben (Paterfamilias vti legassit super familia tutelaue rei suae, ita ius esto). Der Vater konnte vermöge dieser Worte seine Kinder, und diese ihre Eltern enterben, und auch Geschwister konnten einander von ihrer Erbschaft ausschliessen, wie sie nur wollten. Da man aber diese Freyheit sehr zu misbrauchen anfieng, und die nächsten Verwandten einander ohne alle Ursache ausschlossen, so trat der Prätor ins Mittel, und es wurde durch die Juristen und den Prätor nach und nach eingeführt, daß Kinder,

Eltern

r) Herr Prof. Westphal von Testam. S. 56 und 260.
s) Höpfners Comment. über die Institut. S. 405. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 144.

Eltern und Geschwister ein Testament anfechten könnten, worin sie ohne hinlängliche Ursache enterbt oder übergangen worden waren. Die Streitigkeiten dieser Art wurden von den sogenannten Hundertten, welche der Prätor in schweren Fällen zu Rathe zog, (Handb. 1 Th. S. 364) untersucht. Durch den Gerichtsgebrauch kam es endlich so weit, daß man auch entfernten Anverwandten eine Klage gab, wenn sie von ihren Anverwandten von deren Erbschaft nichts bekommen hatten. Da dieses aber die Freyheit zu testiren zu sehr einschränkte, so verordneten die römischen Kayser, daß nur Kinder, Eltern und Geschwister unter die Notherben gehören sollten. Schon Ulpian erklärte die Seitenverwandten, wenn sie nicht Geschwister waren, für keine Notherben, und zu den Zeiten der Kayser Diocletian und Maximian wurden die Seitenverwandten, wenn sie nicht Geschwister des Verstorbenen waren, schlechterdings nicht unter die Notherben gerechnet t). Die Rechte der Notherben waren nicht gleich stark, sondern erst kamen die Kinder, sodann die Eltern, und endlich die Geschwister. Da nach dem römischen Rechte, unter die Kinder sehr verschiedne Personen gerechnet werden, so muß man sie einzeln durchgehen, wenn man genau wissen will, wer in dieser Rücksicht unter die Notherben gehört. Man rechnete dazu Kinder des ersten oder von weitern Graden, als Enkel, Urenkel, wenn sie zur Zeit des Todes des Erblassers seiner väterlichen Gewalt unterworfen waren. Die Ursache, warum Kinder für Notherben gehalten wurden, lag darin, weil man sie für künftige Eigenthümer des väterlichen Vermögens hielt, welche aber erst nach dem

t) Der Herr geheime Tribunalrath Höpfner über die Justin. S. 406.

dem Tode des Vaters die freye Verwaltung davon bekommen. Nach spätern Gesetzen, gehörten auch die von der väterlichen Gewalt frey gewordenen, oder emancipirten Kinder, unter die Notherben, weil ihnen die prätorischen Edicte die Intestaterbfolge beylegten u). Eben so gehörten auch Enkel, welche der Großvater in seiner Gewalt behalten, nachdem er ihren Vater, als seinen Sohn emancipirt hatte, unter die Notherben. Adoptirte Kinder waren nur alsdenn Notherben, wenn die Annehmung an Kindesstatt die väterliche Gewalt zuwege brachte, welcher Fall bey der Arrogation und der vollkommnen Adoption eintrat. Ein Adoptirter blieb auch nach der Annehmung an Kindesstatt, immer noch ein Notherbe seines leiblichen Vaters. Die größte Schwierigkeit findet sich bey Bestimmung der Frage, in wieferne nach dem Tode des Vaters geborne Kinder (posthumi) unter die Notherben zu rechnen sind. Wurde Jemanden ein Kind geboren, nachdem er bereits sein Testament gemacht hatte, so nennte man ein solches Kind ebenfalls einen Notherben. Eben so wurde Jemand ein Notherbe, wenn ihn der Erblasser nach seinem errichteten Testament an Kindesstatt angenommen hatte. Diese angenommenen Kinder machten ein Testament ungültig, wenn sie nicht zu Erben eingesetzt worden waren. Jedoch wurde allemal erfordert, wenn das Testament pflichtwidrig werden sollte, daß die Annehmung an Kindesstatt, eine würkliche und gültige Adoption war. Die, so in der Unmündigkeit arrogirt worden waren, konnten statt des Pflicht-

u) L. 23. pr. D. de inoff. test. — Si ponas filium emancipatum praeteritum, et ex eo nepotem in potestate retentum heredem institutum esse, filius potest contra filium suum testatoris nepotem, petere bonorum possessionem.

Pflichttheils, die quartam diui Pii, welche sich ebenfalls nach der Größe des wahren Pflichttheils richtete, fordern. Weil sie aber deswegen eine besondere Klage hatten, so durften sie die Klage aus dem pflichtwidrigen Testament nicht brauchen x). Es ist zwar gesagt worden, daß Kinder, Eltern und Geschwister unter die Notherben gehören. Dieses ist jedoch nicht so zu verstehen, als ob sie das ganze Vermögen eines Verstorbenen bekommen müßten. So weit gehen die Gesetze nicht, sondern sie haben nur festgesetzt, daß sie einen bestimmten Theil des Vermögens bekommen sollen, und dieser Theil wird kunstmäßig gesprochen, der Pflichttheil genannt. Der Pflichttheil ist also derjenige Theil der Erbschaft, welcher den Notherben schlechterdings hinterlassen werden muß, wenn sie nicht enterbt werden können y). Nach dem alten römischen Rechte war der Pflichttheil nicht mehr als der vierte Theil der Erbportion, welche Jemand bekommen haben würde, wenn der Erblasser kein Testament gemacht hätte. Der Kayser Justinian machte aber eine Aenderung, und verordnete in der 18 Nov. daß der Pflichttheil zuweilen der dritte Theil der Erbportion, zuweilen aber die Hälfte derselben seyn sollte. Alsdenn sollten nämlich die sämmtlichen Notherben den dritten Theil von der Verlassenschaft bekommen, wenn der Verstorbene viere oder weniger Notherben hinterlassen hätte. Die Hälfte des ganzen Vermögens aber sollte den Notherben hinterlassen werden müssen, wenn Jemand wenigstens

x) L. 8. §. 15. D. de inoff. test.

y) WESTENBERG D. de legitima. CHIFLETIVS de portionibus legitimis. Lugd. 1584. in OTTONIS THES. Tom. V. S. 873. Illustr. ZEPERNICK sub praes. perill. NETTELBLADT D. histor. iur. ciuilis de legitima port. parent. Hal. 1773.

nigstens fünf, oder gar noch mehr Notherben habe z). Z. E. es stirbt Jemand, der 12000 Rthlr. hinterläßt, und dazu vier, oder drey, oder zwey, oder nur einen Notherben. Jetzt ist der Pflichttheil 4000 Rthlr., als der dritte Theil der 12000 Rthlr. Hier= ein theilen sich die Notherben. Gesetzt aber er hin= terliesse fünf Notherben, und darüber, so würde ihr Pflichttheil überhaupt die Hälfte der 12000 Rthlr. seyn, nämlich 6000 Rthlr., und diese werden unter sie zu gleichen Theilen vertheilt. Der Pflichttheil wurde deswegen eingeführt, damit ein Testator sei= nen Notherben nicht alles von seinem Vermögen ent= ziehen, und es fremden Personen zuwenden möchte. Man wollte also durch Einführung desselben den Notherben gleichsam eine Wohlthat erweisen. Dar= aus folgte aber auf der andern Seite wiederum, daß die Gesetze ihnen diesen Vortheil gewiß nicht zuge= dacht haben wollten, wenn sie sich dieser Wohlthat unwürdig gemacht hatten. Es wurde also verordnet, daß alsdenn die Notherben gar nichts bekommen sollten, wenn sie sich an dem Verstorbenen auf eine sehr grobe Weise vergangen hätten; und so entstan= den nach und nach die sogenannten Enterbungsursa= chen a). Nach dem alten römischen Rechte be= stimmten

z) NOVELLA 18. c. 1. — Haec nos mouerunt corrigere legem, et non eam despicere semper erubescentes: talique modo determinare causam, vt si quidem *vnius* filii est pater aut mater, aut *duorum*, vel *trium*, vel *quatuor*: non *triuncium* eis relinqui solum, sed etiam *tertiam* propriae substantiae partem; hoc est vncias *quatuor*, et hoc esse definitam mensuram vsque ad praedictum numerum. Si vero *vltra* quatuor habuerint filios, *mediam* eis totius substantiae, relinqui partem, vt *sexuncium* sit omnino, quod debetur, singulis ex aequo *quadriuncium* vel *sexuncium* diuidendo.

a) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 157.

stimmten die Gesetze nicht im Voraus die Enterbungsursachen, sondern wenn Jemand seine Notherben enterbt hatte, so untersuchte das Centumviralgericht, ob der Notherbe aus einer gegründeten Ursache enterbt worden, oder nicht [b]). Weil aber aus dem Mangel einer gesetzlichen Bestimmung der Enterbungsursachen allerley üble Folgen entstanden, indem es auf einer weitläuftigen Untersuchung beruhte, ob das Testament bestehen könne, oder nicht, so machte der Kayser Justinian eine Abänderung, und setzte in der 115 Nov. gewisse Ursachen fest, um welcher Willen Eltern ihre Kinder, und Kinder ihre Eltern enterben könnten. Den Eltern erlaubte er, ihre Kinder um folgender 14 Ursachen willen enterben zu können. 1) Wenn sich die Kinder an ihren Eltern im Zorn thätlich vergreifen. Gott selbst erlaubte 3 B. Mos. 20, 9. und 2 B. 21, 15. ungerathene Kinder zu steinigen und zu verbrennen. Verschiedne Landesgesetze haben ebenfalls Criminalstrafen darauf gesetzt. Alsdenn ist aber keine thätliche Beleidigung geschehen, wenn der Vater die Gränzen der väterlichen Züchtigung überschreitet, und das Kind vertheidigt sich dagegen auf eine der angewandten Gewalt des Vaters angemessene Weise [c]). Die Rechtslehrer behaupten, der Vater könne sein Kind wegen einer an der Mutter verübten Realinjurie ebenfalls enterben, und diese sey dagegen berechtigt, dasselbe wegen der dem Vater zugefügten Realinjurie zu enterben [d]). Wenn aber ein Kind die Stiefmutter

b) SICCAMA de iudicio centumuirali, ed. Illust. ZEPERNICK Hal. 1776.

c) Der Herr Hofrath Claproth von Testamenten. S. 90. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 157.

d) de PVFENDORF Obs. Iur. vn. Tom. II. Obs. 6 und 7.

ter beleidigt, so geht die Enterbung nicht an. 2) Können Kinder enterbt werden, wenn sie die Eltern auf eine ehrenrührige Weise geschimpft haben. Darunter verstehen die Rechtslehrer den Fall, wenn Kinder ihre Eltern mit einem solchen Schimpfwort beleidigen, wodurch sie sie zugleich zu Verbrechern erklären; z. E. es hieße ein Kind seinen Vater oder Mutter, einen Dieb, Spitzbuben, Mörder, Ehebrecher, Landesverräther, u. s. f. Die Ehre macht gleichsam das bürgerliche Leben aus. Aber bloße Scheltworte, die nicht einmal einen bestimmten Sinn haben, gehören nicht hierher; z. B. Flegel, Hundsvott, Esel, Ochs, Bengel. Harte Beschimpfungen sind jedoch diese und andere Worte, wenn die Beleidigung unter solchen Umständen zugefügt worden, daß dadurch die Beleidigung weit größer werden muß, als wenn sie bey einer andern Gelegenheit geschehen wäre. So würden die Worte Ochse, Flegel u. s. f. eine gegründete Ursache der Enterbung abgeben, wenn sie vor mehrern Personen, mit angedrohter Thätlichkeit, an einem Ehrentage, u. s. f. gebraucht worden. Der Richter muß dabey auf die Umstände sehen [e]). Die dritte Ursache der Enterbung besteht darin, wenn die Kinder den Eltern nach dem Leben gestanden haben; oder 4) dieselben wegen eines peinlichen Verbrechens, den Hochverrath ausgenommen, angeklagt, oder im Inquisitionsproceß gegen sie denuncirt haben [f]). Es ist einerley, ob diese Handlung von dem Kinde selbst geschehen, oder das Kind hat Jemanden anders dazu verleitet. Der Herr Hofrath **Claproth** ist der Meynung: wenn ein Kind sich in seinem Gewissen verpflichtet hielte, ein großes Verbrechen der Eltern,

e) Höpfners Commentar über die Instit. S. 415.
f) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 157.

welches sie entweder begehen wollen, oder bereits begangen haben, anzuzeigen, so müßte es diese Anzeige bey dem Regenten thun, und dabey um Dispensation von der Enterbungsursache ansuchen; ja es sey sogar zweifelhaft, ob die Anzeige eines groben Verbrechens, welches die Eltern erst begehen wollen, unter diese Enterbungsursache mit Recht gezählt werden könne, weil dem gemeinen Wesen schlechterdings dadurch ein Vortheil zuwachse, wenn Verbrechen unterdrückt werden, und überdieses geschähe sogar den Eltern dadurch eine Wohlthat, indem sie dadurch vor der Strafe verwahrt würden, die sie betroffen haben würde. 5) Können Kinder enterbt werden, wenn sie die Eltern zwar nicht wegen eines begangnen Verbrechens angegeben haben, sondern sie zeigen bloß eine Vergehung derselben an, wodurch die Eltern, wo nicht ihr ganzes Vermögen, doch sehr viel davon zur Strafe der Vergehung verlieren. Dieser Fall würde eintreten, wenn die Eltern beym Zoll, Accise u. s. f. Unterschleif gemacht, oder verbotenen Waarenhandel getrieben hätten, worauf eine sehr große Strafe gesetzt ist. 6) Wenn Kinder sich zu offenbaren Verbrechern freywillig begeben, um mit ihnen eben solche böse Handlungen vorzunehmen. Man rechnet hierher, Diebes- und Räuberbanden, Giftmischer, Rebellen, Schatzgräber, Wahrsager. Ferner können Kinder 7) nach der Verordnung des Justinians deswegen enterbt werden, wenn sie sich, wider Willen der Eltern unter die Klopffechter und Gaukler (mimi et arenarii) begeben, da der Vater diese Lebensart doch nicht selbst trieb. Heutzutage g) könnte

g) Der Herr Prof. Weber in den Reflexionen zur Beförd. einer gründl. Theorie vom heut. Gebr. des röm. Rechts S. 20.

könnte man vielleicht die Bärenführer, Marionettenspieler, Bänkelsänger, Thierhetzer hierher rechnen. 8) Wenn die Kinder den Eltern verwehrt haben, ein Testament zu machen, oder nur abzuändern, und die Eltern machen in der Folge doch eine andere letzte Willensverordnung, so können sie ihr böses Kind wegen der angeführten That enterben. Man nehme an: der Vater will ein Testament machen, der Sohn merkt, jetzt werde ihm der Vater nicht alles hinterlassen, sondern Vermächtnisse aussetzen; er läßt also Niemanden zu dem kranken Vater, oder will keine Zeugen zusammen rufen lassen, jagt sie wohl gar weg, u. s. f. Kömmt es in der Folge doch dahin, daß der Vater ein Testament machen kann, so ist er berechtigt, den Sohn ganz zu enterben. Stirbt aber der Vater, und konnte kein Testament machen, so nimmt der Fiscus dem bösen Kinde die ganze Erbschaft weg [h]). Die Kinder können 9) auch alsdenn enterbt werden, wenn der Vater oder Mutter blödsinnig geworden waren, und die Kinder nahmen sich ihrer gleichwohl nicht an. Kommen die Eltern wieder zu Verstande, so können sie ihr böses Kind, wegen dieser Pflichtvergessenheit enterben. Wenn aber Jemand anders, es mag ein Verwandter oder Fremder seyn, sich der verstandlosen Eltern angenommen, und den Kindern es angezeigt hat, daß ihre Eltern so unglücklich wären, sie möchten sich doch derselben gehörig annehmen, die Kinder thun es aber dennoch nicht, und nun sterben die Eltern, so bekommen die Pflichtvergessenen Kinder zur Strafe nichts von den Eltern, sondern die fremde Person, oder der entferntere Anverwandte, bekommt alles. Hat der Verstorbene in gesunden Tagen ein Testament gemacht, und die

h) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 158.

Kinder zu Erben eingesetzt, so tritt diese Person an die Stelle der zu Erben eingesetzten Kinder [i]). Eben dieses gilt auch von einer beständig krank liegenden Person, wenn sie Jemand bis an ihren Tod verpflegt hat. 10) Ist die Enterbung der Kinder erlaubt, wenn ein Kind von der christlichen Religion abfällt, oder sich zu einer Secte begiebt, die nicht zu den in Teutschland recipirten drey Religionsparthey en gehört. Nach Justinians Verordnung, sollen die übrigen rechtgläubigen Kinder des abgefallenen Kindes Erbtheil so lange benutzen, bis der abgefallene wieder ein Christ wird. Sollten alle Kinder Irrgläubige geworden seyn, so kommen die nächsten Freunde zur Erbschaft. Sind aber auch diese nicht besser, so bekömmt die Kirche des Geburtsorts die Erbschaft, fordert sie aber innerhalb eines Jahres das Vermögen nicht ab, so fällt alles an den Fiscus; ja er mußte sogar alsdenn die Erbschaft allein bekommen, mit Ausschluß der Freunde, wenn die irrgläubigen Kinder weltlichen Personen angehört hatten [k]). Diese Justinianische Intoleranz wird wohl nicht angewendet werden können. 11) Können Kinder enterbt werden, wenn der Sohn die Stiefmutter, oder Concubine des Vaters beschläft. Obgleich Justinian nichts davon sagt, so wird dennoch eben diese Strafe eintreten, wenn sich die Tochter vom Stiefvater beschlafen ließe [l]). 12) Findet die Enterbung statt, wenn die Eltern eines Verbrechens, oder Schulden wegen im Gefängniß sitzen, und der Sohn will sie nicht losmachen, da er es doch konnte,

i) Der Herr Hofrath Claproth von Testamenten S. 94.

k) MADIHN Princ Iur. Rom. Part. IV. S. 160.

l) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 157.

konnte, wenn er Caution gemacht hätte. Es wird aber erfordert, daß es die Eltern verlangt haben. 13) Können Söhne, welche 18 Jahr alt sind, enterbt werden, wenn Eltern von den Ungläubigen in die Sclaverey geführt worden, und die Söhne retten sie nicht, da sie doch können. Sind die Eltern in der Gefangenschaft gestorben, sie mögen nun vorher ein Testament errichtet haben, oder nicht, so wird ihnen in beyden Fällen die Erbschaft als unwürdigen Erben entzogen, und das Vermögen soll nach Justinians Befehl an die Kirche des Geburtsorts fallen, und zu Loskaufung der Gefangenen aus der Sclaverey angewendet werden [m]). Die Tochter kann aber um dieser Ursache willen nicht enterbt werden, weil sie sich nicht verbürgen darf. Die 14te Enterbungsursache geht nur auf die Töchter, welche Gelegenheit gehabt, sich anständig zu verheyrathen, und gleichwohl schlagen sie es aus, fangen aber nachher eine öffentliche Hurerey an. Jetzt kann sie von den Eltern enterbt werden, doch wurde nach dem römischen Rechte folgender Unterschied gemacht. Eine Tochter, welche wider Willen der Eltern einen Sclaven geheyrathet hatte, konnte enterbt werden. Heyrathete sie aber wider Willen der Eltern einen freyen Menschen, oder wurde eine Hure, so kam es darauf an, ob sie 25 Jahr alt war oder nicht. In diesem letzten Falle konnte sie ohne Unterschied enterbt werden. War die Tochter aber 25 Jahr alt, so konnten sie die Eltern nur alsdenn enterben, wenn sie ihr eine anständige Heyrath vorgeschlagen hatten, sie wollte aber nicht, und hernach wurde sie eine Hure [n]). Haben aber die

m) Herr Hofrath Claproth von Testament. S. 93.

n) NOVELLA 115. c. 3. §. 11. — Si alicui ex praedictis parentibus volenti suae filiae vel nepti maritum dare,

Eltern die 25-jährige Tochter nicht heyrathen lassen, da sich doch eine anständige Gelegenheit fand, und nachher führt sie ein liederliches Leben, so kann sie deswegen nicht enterbt werden. Uebrigens sind die Rechtslehrer über den wahren Verstand der Verordnung des Justinians nicht einerley Meynung. Einige, z. B. Hr. Hofrath Claproth von Testament. S. 93 behaupten; wegen einer unstandesmäßigen, wider Willen der Eltern eingegangnen Ehe, könne die Tochter gar nicht enterbt werden, weil die Worte in der Novelle, aut sine consensu parentum marito se, libero tamen coniungere, als eine Entschuldigungsursache angeführt würden, und Strafgesetze überhaupt mehr eingeschränkt, als ausgedehnt werden müssen o). Verschiedne teutsche Landesgesetze erlauben den Eltern ebenfalls, ihre Kinder, wenn sie sich ohne ihren Willen verheyrathet haben, ganz oder zum Theil zu enterben. So viel von den Ursachen, um welcher Willen Eltern ihre Kinder enterben können. Aber auch die Kinder haben das Recht, ihre Eltern und Grosseltern zu enterben, wenn eine oder gar mehrere von folgenden acht Ursachen vorhanden seyn sollten. Die Ursachen sind folgende: 1) Wenn die Eltern

dare, et dotem secundum vires substantiae suae pro ea praestare, illa non consenserit, sed luxuriosam degere vitam elegerit. Si vero vsque ad *viginti* quinque annorum aetatem peruenerit filia, et parentes distulerint eam marito copulare, et forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare, *aut sine consensu parentum marito se, libero tamen*, coniungere: hoc ad ingratitudinem filiae nolumus imputari; quia non sua culpa, sed parentum id commisisse cognoscitur.

o) Heislers Erörterung der Frage: sind Eltern ihre Kinder, welche sich wider ihren Willen verheyrathen, zu enterben befugt. Halle 1783. ECKARDT de exhered. filiae turpiter viuentis Lipf. 1746.

Eltern ihre Kinder wegen eines Verbrechens anklagen, oder gegen sie denunciren, den Hochverrath ausgenommen; 2) wenn sie den Kindern nach dem Leben trachten; 3) wenn der Vater mit der Schwiegertochter verbotenen Umgang hat. Eben dieses muß alsdenn behauptet werden, wenn die Mutter mit dem Schwiegersohne Unzucht getrieben hat, obgleich die Novelle diesen Fall nicht ausdrücklich anführt p). Die Kinder können 4) ihre Eltern enterben, wenn sie von ihnen verhindert worden sind, ein Testament zu machen, oder dasselbe zu ändern; 5) wenn der Vater der Mutter, oder diese jenem, nach dem Leben gestanden, oder der Gesundheit derselben durch schädliche Arzeney so geschadet hat, daß sie den Verstand verlohren haben. Zum Besten der Stiefeltern darf diese Strafe wohl nicht ausgedehnt werden q). 6) Ist die Enterbung der Eltern erlaubt, wenn sie sich der Kinder, da sie in die Raserey verfallen waren, oder doch keinen Verstand hatten, nicht angenommen, oder 7) die Kinder nicht aus der Gefangenschaft bey den Türken ranzionirt haben, da sie es doch vermögend waren. Endlich 8) ist den Kindern erlaubt ihre Eltern zu enterben, wenn sie vom christlichen Glauben abgefallen sind. Dieses sind die in der Novelle 115, Cap. 3 und 4 mit deutlichen Worten angeführten Ursachen, um welcher Willen die Eltern ihre Kinder, und die Kinder ihre Eltern enterben können. Nun fragen aber die Rechtslehrer, ob es denn nicht auch Fälle geben könne, wo die Enterbung statt finde, obgleich dieser Fall in der Novelle nicht mit ausdrücklichen Worten

p) Höpfners Comment. über die Instit. S. 417.
q) Der Herr Hofrath Claproth von Testamenten S. 96.

angeführt worden. Einige Rechtslehrer r) sind der Meynung, man müsse schlechterdings bey den Worten der Novelle stehen bleiben, denn der Kayser sage ausdrücklich: vt praeter ipsos nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in huius constitutionis serie continentur. Da aber diese Behauptung mit aller Billigkeit streitet, und die angeführte Stelle dieses auch gar nicht sagt, sondern der Kayser bloß die vorigen Gesetze, welche von Enterbungsursachen handelten s) damit für ungültig erklärt, so ist in den höchsten Gerichten die Meynung angenommen, daß Handlungen, welche eben so beschaffen sind, als die angeführten, oder Handlungen von gleicher Art allerdings für gültige Enterbungsursachen gehalten werden können. Unter diese Fälle gehören z. B. folgende: Wenn die Kinder sich von selbst zu Zeugen anbieten, um wider die Eltern, das ihnen Schuld gegebene Verbrechen zu bezeugen; wenn der Sohn mit seiner leiblichen Mutter Blutschande getrieben; wenn der Sohn sich zu einer Räuberbande gesellt; wenn Jemand die Eltern schlägt, und das Kind wollte zusehen, da es doch entweder um Hülfe rufen, oder selbst Hülfe leisten könnte t). Die Rechtslehrer werfen ferner bey Erklärung der Enterbungsursachen die Frage auf, ob die Enterbung auch alsdenn noch statt finde, wenn vor dem Testamente

r) SCHLITTE D. de eo quod iustum est circa ingratitud. c. 2. §. 27. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 161.

s) Herr Prof. Westphal von Testamenten S. 417. und 433.

t) COCCEII Ius controv. tit. de inoff. test. qu. 13. VINNIVS ad pr. Inst. de inoff. test n 2. WALCH Introd. in contr. S. 171. STRYCK Caut. Test. c. 19. §22.

mente eine Verzeihung des begangenen geschehen sey? Sehr viele von ihnen behaupten, wenn die Aussöhnung vor Errichtung des Testaments geschehen sey, so habe weiter keine Enterbung statt: sey sie aber erst geschehen, nach bereits errichtetem Testamente, so werde es dadurch nicht pflichtwidrig, sondern gelte u). Eine andere äußerst bestrittene Frage ist es: ob der Kayser Justinian auch gewisse Ursachen festgesetzt habe, um welcher Willen Geschwister einander enterben können. Dieses behaupten einige, und sagen, er habe drey Ursachen festgesetzt, um welcher Willen Geschwister einander enterben könnten, doch sollten diese Ursachen nur alsdenn statt haben, wenn der Bruder oder die Schwester entweder eine würklich ehrlose, oder doch wenigstens eine solche Person, welche einen gegründeten Schandfleck an sich habe, zum Erben eingesetzt, und seinen Geschwistern nichts hinterlassen habe x). Die drey Enterbungsursachen sollen nämlich folgende seyn: 1) Wenn das enterbte Geschwister dem Erblasser nach dem Leben getrachtet, 2) eine heimliche Anklage wider ihn angebracht, und 3) ihm einen großen Nachtheil in seinem Vermögen zu verursachen bemüht gewesen y).

Ver-

u) de PUFENDORF Obs. Iur. vn. Tom. II. Obseru. 8. WILLENBERG de exheredato exheredanti reconciliato in Exerc. Sab. T. 2. n. 27. MADIHN l. c. S. 161.

x) Der Herr Hofrath Claproth von Testamenten S. 97.

y) NOVELLA 22. c. 47. — Et quoniam scimus multas fratribus ad inuicem factas contentiones: illum solum, tanquam ingratum circa fratrem effectum participari hoc lucrum non concedimus, qui mortem voluit fratri, aut criminalem inducere contra eum inscriptionem, aut substantiae ei properauit inferre iacturam. Eius enim portio tam ad reliquos fratres, quam ad matrem veniat. —

Verschiedene Rechtslehrer behaupten aber, nicht nur um dieser drey Ursachen willen allein, könnten Geschwister einander enterben, sondern auch aller der übrigen Ursachen wegen, um welcher willen Eltern ihre Kinder auszuschließen befugt sind, denn es würde ganz wider alle Vernunft seyn, wenn man dieses nicht annehmen wollte, indem man hierdurch den Geschwistern offenbar ein stärkeres Recht zugestehe, als den Kindern, in Rücksicht gegen die Eltern. So könne z. B. ein Vater sein Kind enterben, weil es ihn geschlagen habe, aber beym Bruder würde das nicht erlaubt seyn, wenn er gleich von ihm geschlagen worden, weil Justinian von dieser Enterbungsursache in der Novelle 22, C. 47 nichts sage. Darauf antworten aber diejenigen, welche nur drey Enterbungsursachen bey Geschwistern annehmen; Justinian habe deswegen nicht mehrere Enterbungsursachen festgesetzt, weil es überhaupt ein seltener Fall sey, daß Jemand eine schändliche Person zu Erben einsetze, und seine Geschwister ausschließe, folglich würden Geschwister auch hier nur äußerst selten den Pflichttheil fordern können, wenn alle bey Eltern und Kindern eintretenden 14 Enterbungsursachen selbst unter Geschwistern in diesem Falle ihre Anwendung finden sollten z). Zur Erläuterung dieser Behauptung muß ich noch folgendes anführen. Wir werden in der Folge hören, daß Geschwister schlechterdings nicht schuldig sind, einander zu Erben einzusetzen, wenn sie nur Jemanden ihr Vermögen hinterlassen, an dessen Lebenswandel niemand etwas aussetzen darf, oder der im Rechtsverstande keine schändliche Person (turpis persona) ist. Schändliche Personen werden die-

z) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 163.

diejenigen genannt, welche ehrloß sind, oder leuis notae maculum haben. (Handb. 2. Th. S. 104.) Die Rechtslehrer behaupten ferner, auch sogar eine dergleichen schändliche Person könne man zum Erben einsetzen, und brauche seinen Geschwistern dennoch keinen Pfennig zu hinterlassen, wenn sie sich eine von den drey Vergehungen zu Schulden kommen lassen, die ich bereits aus der 22. Nov. und deren 47. Cap. angeführt habe. Damit sind aber eben andere nicht zufrieden, sondern sagen, eine schändliche Person geht Geschwistern vor, wenn sie eine von den 14 Vergehungen begangen haben, um welcher willen Eltern ihre Kinder enterben können, denn von Geschwistern kann man nicht so viel Verbindlichkeit fordern, die begangenen Beleidigungen zu verzeihen, als von Eltern billig zu erwarten ist, und desto mehr sind sie verpflichtet, einander nicht zu beleidigen. Durch diese Streitigkeiten sind endlich andere Rechtslehrer [a]) verleitet worden zu behaupten, der Kayser Justinian habe bey Geschwistern gar keine Enterbungsursachen selbst auch auf den Fall nicht eingeführt, wenn eine schändliche Person zum Erben eingesetzt worden. Ihre Gründe sind folgende: 1) sey es ganz unglaublich, daß Justinian in der 115. Novelle, wo er die Enterbungsursachen bey Eltern und Kindern bestimmt habe, von den Enterbungsursachen zwischen Geschwistern ganz und gar nichts angeführt haben würde, wenn er darüber etwas neues bestimmen wollen; 2) sey es unglaublich, daß

der

a) MADIHN Princip. Iur. Rom. Part. IV. S. 163. FVCHS D. de impugn. test. fraterni per querel. inoff. COCCEII Ius contr. tit. de inoff. test. qu. 9. HERT. D. de fratr. germ. quaer. inoff. aduerf. quoscunque §. 15. in Opusc. Vol. 3. Part. 2. S. 65.

der Kayser die Enterbungsursachen unter Geschwistern eher bestimmt habe, als die unter Eltern, und doch sey die 22. Novelle schon im J. Chr. 536 und die 115. Novelle erst im J. 541 gegeben worden; 3) die 22. Novelle handele gar nicht von der Enterbung, welche im Testament geschehen kann, sondern darin werde festgesetzt, in welchen Fällen ein Bruder den andern nicht solle beerben können, wenn derselbe auch gestorben sey, ohne ein Testament zu hinterlassen. Ueberdieses lasse sich von der Intestaterbfolge auf die Enterbung kein Schluß machen, und es sey auch die 22. Novelle in der Folge durch die 118 wieder aufgehoben worden. Man kann diese ganze Streitigkeit nicht eher recht einsehen, als wenn man mit den Grundsätzen von pflichtwidrigen Testamenten bekannt ist. Dort werde ich mehr davon anführen. So viel von den sogenannten Notherben. Ihnen werden die willkührlichen Erben entgegen gesetzt; und darunter verstehen die Rechtslehrer alle diejenigen Personen, welche ganz nach dem freyen Willen des Erblassers zum Erben ernannt werden können. Hier ist die erste Frage diese, was für Personen sind denn erbfähig [b]). Da die Gesetze unter dem Erben, den Nachfolger in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen verstehen, deren er fähig ist, so sieht man sogleich ein, daß nach dem römischen Rechte nur derjenige zum Erben ernannt werden konnte, welcher fähig war, in die Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen zu treten. Die Rechtslehrer betrachten die Fähigkeit eines Erben entweder nach der Natur des Menschen, oder nach den bloß bürgerlichen Einrichtungen. Von Natur ist niemand

b) Herr Prof. Westphal von Testamenten. S. 56. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 121.

mand unfähig, Erbe seyn zu können. Daher schlossen die Römer niemanden weder wegen seines Geschlechts, noch wegen seines Alters, noch wegen seiner Gesundheit von dem Erbrechte aus. Auch Taube und Stumme und Wahnsinnige konnten zu Erben eingesetzt werden [c]). Nur konnte ein Verrückter die Erbschaft nicht selbst antreten, sondern sein Curator mußte es thun. Aber die von diesem für seinen Pflegbefohlnen geschehene Antretung der Erbschaft galt bey den Römern nur unter der stillschweigenden Bedingung, wenn der Verrückte noch vor seinem Tode zu Verstande kommen würde, und sie sodann genehmigte. Starb er aber ohne Verstand, so gieng die Erbschaft auf den zurück, welcher sie erhalten haben würde, wenn der Curator des Verrückten sie gar nicht in Besitz genommen hätte. Andere Grundsätze traten jedoch bey solchen Personen ein, die nach Vorschrift der Gesetze schon Erben waren, und nicht erst die Erbschaft anzutreten brauchten. Bey diesen gieng die Erbschaft nicht wieder zurück, wenn sie auch gleich ohne Verstand starben [d]). In Rücksicht auf die bürgerlichen Eigenschaften eines Menschen, konnten diejenigen bey den Römern nicht Erbe werden, die selbst kein Testament zu machen berechtiget waren, folglich kommen hier die S. 286 u. f. angeführten Personen wieder vor. Die Römer sagten, Niemand als ein römischer Bürger kann zum Erben eingesetzt werden. Daher schlossen sie alle Knechte von der Erbeseinsetzung aus. Dieses muß aber richtig verstanden werden. Wenn Jemand

c) L. 1. §. 2. D. de hered. inst. Mutus et surdus recte heres institui potest.

d) BECKMANN D. de acquisitione hered. dementi delatae.

mand einen Sclaven zum Erben einsetzte, so war er entweder sein eigner, oder ein fremder Knecht. Im ersten Falle wurde der Sclave durch die Erbeseinsetzung zugleich frey, der Erblasser mochte es ausdrücklich gesagt haben, oder nicht, weil ein Sclave, so lange er Sclave war, nicht Erbe seyn konnte. Hatte Jemand einen fremden Sclaven zum Erben eingesetzt, so bekam der Herr desselben die Erbschaft, und nicht der Sclave e). Wenn der Erblasser seinen eigenen Knecht zum Erben eingesetzt hatte, so erhielt er dadurch zugleich entweder ausdrücklich oder stillschweigend die Freyheit. Nur mußte nach dem ältern römischen Rechte der Knecht ein solcher seyn, daß er, nach erlangter Freyheit ein vollkommener römischer Bürger werden konnte. War das nicht, so galt die Erbeseinsetzung nicht, wenn ihm auch sein Herr die Freiheit zugleich mit ertheilt hatte. Ein Knecht an welchem der Herr kein quiriziſches, sondern nur ein bonitarisches Eigenthum hatte (Handb. 4. Th. S. 140) wurde anfangs durch die im Testament geschehene Freylassung nicht ein ächter römischer Bürger, sondern erhielt bloß die Rechte der Lateiner f), bis Justinian allen Unterschied der Freygelassenen aufgehoben hatte. Die ältern römischen Juristen behaupteten, die Freyheit müsse ausdrücklich mit der geschehenen Erbeseinsetzung des eigenen Knechts geschehen. Justinian änderte diese Subtilität ebenfalls ab, und verordnete, wenn der eigne Knecht auch nur bloß

e) L. 3. pr. §. 1. l. 31. pr. l. 52. D. de her. inst. §. 1. 2. 3. Inst. de hered. inst. l. 1. pr. §. 1. C. de com. seru. man.

f) VLPIAN. in fragm. Tit. 22. §. 8. — Eum seruum, qui tantum in bonis nostris est, nec cum libertate heredem instituere possumus, quia Latinitatem consequitur, quod non proficit ad libertatem capiendam.

bloß zum Erben eingesetzt worden, ohne daß der Herr dabey gesagt habe, er solle frey seyn, so erlangte er dennoch dadurch die Freyheit, weil angenommen wurde, als sey er stillschweigend freygelassen worden, da kein Sclave als Sclave Erbe seyn konnte. Die eignen Sclaven wurden besonders alsdann immer von ihrem Herrn zu Erben eingesetzt, wenn der Herr so viel Schulden hatte, daß sein Vermögen nicht zureichte, sie nach seinem Tode zu bezahlen. Deswegen würde nun kein anderer ernannter Erbe die Erbschaft angenommen haben, folglich wäre ein Concurs entstanden, nach dem Tode des Erblassers. Dieses hielten aber die Römer für äußerst schimpflich, wenn Jemand als ein Betrüger starb. Man verstattete also, daß unter diesen Umständen ein Sclave zum Erben eingesetzt werden durfte; und dieser muste die Erbschaft schlechterdings annehmen, that es auch gern, weil er dadurch frey wurde. Nun reichte aber das Vermögen seines Erblassers zu Bezahlung der Schulden nicht zu, folglich entstand ein Concurs, und die Güther wurden verkauft. Hier hieß es aber nicht, daß der Verstorbne nicht bezahlen könne, sondern der Verkauf geschahe so, als gehöre dem Erben alles, mithin erfuhren sehr viele Römer nicht einmal etwas davon, daß ein Verstorbener in so schlechten Vermögensumständen gewesen war. Durch das Aelische Gesetz (Aelia Sentia) wurden, wie wir im 2. Th. S. 119 gesehen haben, die Freylassungen zum Nachtheil der Gläubiger sehr eingeschränkt. Aber dennoch erlaubte man in demselben, auf diesen Fall einen Knecht für frey und zum Erben zu erklären, damit nur der Verstorbene nicht durch den über sein Vermögen entstandenen Concurs beschimpft werden möchte g). Alsdann galt

g) L. 60. D. de hered. inst. — Qui soluendo non erat, seruum primo loco, et alterum seruum secundo loco

galt aber diese Erbeseinsetzung eines Knechtes nicht, wenn der Erblasser auch einen Nacherben ernannt hatte. Hier mußte dieser die Erbschaft antreten, und der Sclave wurde nicht frey. Man wollte dadurch die Gläubiger schonen; und dieser Fall war zugleich eine Ausnahme von der Regel, die wir in der Folge hören werden: daß der erste Erbe allemal dem Nacherben vorgeht [h]). In Ansehung der Erbeseinsetzung seines eigenen Sclaven ist noch folgendes zu merken. Wer seinen Sclaven zum Erben einsetzen wollte, mußte auch berechtigt seyn, dem Sclaven die Freyheit nach seinem Tode ertheilen zu können. Erklärten also die Gesetze Jemanden dazu für unfähig, so half auch seine geschehene Erbeseinsetzung nichts. Dieser Fall trat z. B. alsdann ein, wenn ein Frauenzimmer ihren Sclaven, mit dem sie Ehebruch getrieben hatte, zum Erben einsetzte. Hier galt dieses nicht eher etwas, als bis die Untersuchung entschieden, und die Beklagte freygesprochen war [i]). Der Knecht, welcher mit seiner Eigenthümerin Ehebruch getrieben

haben

eo heredes scripsit. *Solus* is, qui primo loco scriptus est, hereditatem capit. Nam lege *Aelia Sentia* cauetur, vt si duo pluresue ex eadem causa heredes scripti sunt, vti quisque primus scriptus sit, heres sit.

h) L. 57. D. de hered. instit. — Si is, qui soluendo non est, seruum cum libertate heredem *instituerit*, et liberum *substituerit:* ante incipiendum erit a substituto. Lex enim *Aelia Sentia* ita demum ei, qui in fraudem creditorum heres institutus est, conseruat libertatem, si nemo alius ex eo testamento heres esse potest.

i) L. 48. §. 2. D. de hered. inst. — Interdum nec cum libertate vtiliter seruus a domino heres instituitur, vt constitutione Diuorum Seueri et Antonini significatur: *seruum aduiterii* accusatum non iure testamento manumissum *ante* sententiam ab *ea muliere* videri, quae rea fuerit eiusdem criminis postulata rationis est. Quare se-

qui-

haben sollte, oder doch wenigstens von dem Ehebruche Wissenschaft haben konnte, kam bey Untersuchung des Verbrechens auf die Tortur. Deswegen durfte er nicht von ihr, vor Ausgang der Sache frey gelassen werden, weil er nun als ein Freyer nicht torquirt werden konnte. Da sowohl der Vater, als auch der Mann die Ehefrau des Sohnes, wegen begangenen Ehebruchs anzuklagen berechtigt war, so konnte der Knecht der Angeklagten als Zeuge gegen sie gebraucht, und wenn er nichts gestehen wollte, mit der Tortur belegt werden. Dieses Umstandes wegen verordnete das römische Recht, keine des Ehebruchs wegen Angeklagte solle berechtigt seyn, sowohl während der Untersuchung ihre Sclaven frey zu geben, und auch selbst nach der Ehescheidung nicht eher als nach Ablauf von 60 Tagen, weil der Mann oder Vater die Geschiedene indeß noch wegen des Ehebruchs anklagen konnte [k]). Ein Knecht konnte auch alsdann nicht zum Erben eingesetzt werden, wenn er einen Menschenraub begangen, oder sonst ein Umstand machte, daß er nicht frey werden durfte [l]). Daß ein Knecht, der zum Erben eingesetzt worden, weil der Herr mehr Schulden hatte, als sein Vermögen werth war, dennoch diese Schulden nicht von seinem eignen Vermögen zu bezahlen brauchte, war ein besonderer Vorzug dieser Zwangserben, denn wie wir in der Folge hören werden, muß der Erbe, so-

quitur, vt in eumdem a domino collata institutio nihil momenti habeat.

k) HOFMANN ad leg. Iul. de adult. c. 7. §. 5.

l) L. 83. pr. D. de her. inst. — Si non lex Aelia Sentia, sed alia lex, vel Senatusconsultum, aut etiam constitutio, serui libertatem impediat: is necessarius heri non potest, etiamsi non sit soluendo testator

bald er die Erbschaft angenommen hat, die Schulden seines Erblassers, aus seinem eigenen Vermögen bezahlen, wenn die Erbschaft nicht zureicht. Den Knechten, die Zwangserben seyn mußten, gaben aber die Gesetze ein Absonderungsrecht (ius separat.) dessen er sich bedienen mußte, wenn er sein eigenes Vermögen gegen die Schulden des Erblassers sicher stellen wollte. Von der Rechtswohlthat des Inventariums wußte man damals noch nichts [m]). So viel von der Erbeseinsetzung eines Sclaven, wie es nach dem ältern römischen Rechte gehalten wurde. Man merke also folgendes. Nach dem ältern römischen Rechte konnten Knechte als solche nicht zu Erben eingesetzt, das heißt, sie konnten nicht in der Maaße, daß sie Knechte blieben und als solche die Erbschaft behielten, Erben werden; sondern wenn Jemand seinen eignen Knecht zum Erben einsetzte, so mußte er ihm zugleich die Freyheit ertheilen, hatte er es nicht ausdrücklich gesagt, so wurde es als stillschweigend geschehen angenommen; ernannte aber Jemand einen fremden Knecht zu seinem Erben, so fiel die Erbschaft dem Herrn desselben zu. Nach teutschen Gesetzen können Leibeigne zu Erben eingesetzt werden, ohne daß die Erbschaft ihren Eigenthumsherren zufällt. Auch Ausländer konnten bey den Römern nicht zu Erben eingesetzt werden, weil kein Fremder fähig war, in alle Rechte und Verbindlichkeiten eines römischen Bürgers zu treten. Dieses gilt in Teutschland ebenfalls der Regel nach nicht, weil der Kayser Friedrich in Rücksicht auf das römisch teutsche Reich, den Unterschied zwischen Bürgern und Fremden aufgehoben hat. Er ertheilte zwar

m) L. 1. §. vlt. D. de separ. §. 2. Inst. de her. qual. et diff.

zwar eigentlich Fremden nur das Recht ein Testament machen zu können, und hob damit zugleich das Heimfallsrecht (ius Albinagii) auf, vermöge dessen die Güther eines Fremden nach seinem Tode an den Fiscus fallen. Es wird aber von dem Rechte ein Testament machen zu können, mit Recht ein Schluß auf das Recht, zum Erben ernennt zu werden, gemacht n). Wer bey den Römern die Deportation erlitten hatte, oder es war ihm Feuer und Wasser verboten worden, verlor damit zugleich das Bürgerrecht, folglich konnte er auch nicht zum Erben eingesetzt werden o). Doch behielt ein solcher noch so lange die Erbfähigkeit, bis der Kayser das Urtheil bestätigt hatte. Hiervon ist heutzutage kein Gebrauch zu machen, weil bey uns mit Verweisungen nicht der Verlust der Freyheit verbunden ist. Auch selbst alsdenn trat bey den Römern die Strafe nicht ein, wenn Jemand vor dem Tode des Erblassers zurückkam, oder die Strafe hörte vor Eintretung der Bedingung wieder auf. Wenn ein Römer in die Kriegsgefangenschaft gerathen war, so konnte er deswegen immer noch zum Erben eingesetzt werden, weil seine Erbfähigkeit dadurch nur unterbrochen, aber nicht aufgehoben wurde. Denn entweder starb er in der Gefangenschaft, so nahmen die Gesetze an, er sey vor dem Testator gestorben, und bekam mithin nichts, oder er erhielt seine Freyheit wieder, so war es eben so gut, als wäre er gar nicht gefangen gewesen, und konnte mithin die

n) Der Herr geheime Tribunalrath Höpfner über die Justit. S. 422.

o) L. 1. C. de her. inst. — Qui deportantur, si heredes scribuntur, tanquam peregrini, capere non possunt, sed hereditas in ea causa est, in qua esset, si scripti non fuissent.

Erbschaft in Besitz nehmen p). Diese Grundsätze lassen sich in Teutschland vollkommen anwenden, weil die Gefangenschaft keinen Verlust der bürgerlichen Rechte nach sich zieht. Außer den zeither angeführten Personen konnten nach dem alten römischen Rechte nicht zum Erben eingesetzt werden, ungewisse Personen. Darunter verstand man 1) solche, welche so unbestimmt genannt waren, daß man nicht mit Gewißheit herausbringen konnte, wen der Testater gemeynt habe. Hier lehrt die gesunde Vernunft, daß die Erbeseinsetzung nicht galt, weil es an der Gewißheit des Willens von Seiten des Erblassers fehlt, worauf doch alles ankommt. Zweytens wurden diejenigen ungewisse Personen genennt, welche der Erblasser zu der Zeit, da er sein Testament machte, nicht selbst mit Augen gesehen hatte, und die bey einem Testament durch Wage und Geld nicht gebraucht werden konnten, oder von denen man zur Zeit der Erbeseinsetzung nicht wuste, wen der Erblasser eigentlich gemeynt habe, ob es gleich in der Folge gewiß wurde, wen der Erblasser gemeynt habe q). Diesen Grundsätzen gemäß, konnten ehemals Städte und alle Gemeinheiten nicht zu Erben ernannt werden. Hier lag aber die Unfähigkeit zur Erbeseinsetzung nicht sowohl in der Ungewißheit der Person, als vielmehr darin, daß Städte und Gemeinen nicht selbst

p) L. 32. §. 1. Inst. de hered. inst. — Is, qui apud hostes est, *recte heres* instituitur, quia iure postliminii omnia iura ciuitatis in personam eius in suspenso retinentur, non abrumpuntur. Itaque si reuersus fuit ab hostibus, adire hereditatem poterit.

q) Vlpian. in fragm. Tit. 22. §. 4. — Incerta persona heres institui non potest, velut hoc modo: quisquis primus ad funus meum venerit, heres esto: quoniam certum consilium debet esse testatoris.

selbst die Erbschaft antreten konnten, wozu kein Bevollmächtigter gelassen wurde. Weil dieses aber eine unbillige Subtilität war, so gieng man bald davon ab, und nun konnten Städte und Gemeinen zu Erben ernannt werden, welches heutzutage ebenfalls geschehen darf. Schon unter den Kayfern machte man Ausnahmen von der Regel, daß Städte und Gemeinen nicht erbfähig seyn sollten. Denn so erlaubte ein Rathsschluß, daß Freygelassene einer Stadt, dieselbe zu ihren Erben sollten einsetzen können. Und so verstattete der Apronianische Rathsschluß (Sctm. Apron.), welcher wahrscheinlich unter dem Kayser Hadrian gegeben worden, den Landstädten das Recht, ein Fideicommiß empfangen zu können [r]). Sogar die Götter wurden unter die ungewissen Personen gerechnet, und man konnte sie nicht anders zu Erben einsetzen, als wenn sie durch ein besonderes Gesetz für erbfähig erklärt wurden, welches in Ansehung einiger derselben geschehen war. Einige Götter erhielten das Recht desjenigen, der drey Kinder hatte [s]). In neuern Zeiten gieng man von den ältern Verordnungen, in Ansehung der Erbeseinsetzung ungewisser Personen, der Götter, Kirchen, Städte und Gemeinen ab, und nun wurde es erlaubt, ungewisse Personen unter gewissen Umständen

r) VLPIAN. fragm. XXII. 5. l. 26. D. ad Sctm. Treb. l. 1. D. de lib. vn. BACH in Traian. S. 139. Illustr. RAV D. hist. iur. ciu. de person. inc. ex testam. hered.

s) VLPIAN fr. XXII. 6. — Deos heredes instituere non possumus, *praeter* eos, quos Scto, Const. Pr. instituere concessum est: sicuti Iouem Tarpeium, Apollinem Didymaeum, sicuti Martem in Gallia, Mineruam Milienfem, Herculem Gaditanum, Dianam Ephesiam, Matrem Deorum Sipelensem, quae Smyrnae colitur, et Coelestem Salinensem Carthaginis.

zum Erben zu ernennen. Heutzutage können also ungewisse Personen zu Erben eingesetzt werden, wenn der Erblasser sich nur so dabey ausgedrückt hat, daß die Ungewißheit gehoben, und man mit Vernunft bestimmen kann, wen er gemeynt hat t). Eine solche Ungewißheit hebt sich mit der Zeit von selbst, wenn man nur bis dahin wartet. Z. E. der Erblasser sagte, derjenige soll mein Erbe seyn, der nach zwey Jahren Stadtrichter seyn wird. Hier wartet man zwey Jahr, und nun ist der Erbe gewiß. Auch durchs Loos kann es dann und wann herausgebracht werden, wer Erbe seyn soll, wenn der Erblasser erklärt, daß die und die Personen über seine Erbschaft loosen sollen. Einen dergleichen Fall erzählt Heineccius in 2 und 3 Conf. Und so muß auch die Vermuthung bisweilen bestimmen, wer Erbe werden soll. Dieses würde z. B. alsdenn geschehen, wenn der Erblasser sagte, meines Bruders Sohn Chr. Friedr. E. soll mein Erbe seyn; und der Erblasser hätte mehrere Brüderssöhne, welche so hießen. Hier wird angenommen, daß er denjenigen unter ihnen gemeynt habe, den er bey seinem Leben am meisten geliebt hat. Läßt sich aber die Ungewißheit in Ansehung der Erbeseinsetzung auf keine Weise heben, so gilt sie freylich nicht, und der Testator muß sichs selbst zuschreiben, daß sein Wille nicht erfüllt wird; er hätte deut-

t) L. 9. §. 10. D. de hered. inſtit. — Si quis ita dixerit: vter ex fratribus meis, Titio et Maeuio, Seiam vxorem duxerit, ex dodrante, vter non duxerit, ex quadrante heres eſto: hic recte factam inſtitutionem eſſe, certum eſt. Sed quis, ex qua parte, incertum. §. 11. eod. — Plane erit ſimilis, ſi ita inſtitutio facta fuerit: vter ex ſupra ſcriptis fratribus meis Seiam vxorem duxerit, heres eſto. Sed et hanc puto valere inſtitutionem, quaſi ſub conditione factam.

deutlicher reden sollen [u]). Wenn Jemand seine Verwandten überhaupt zu Erben eingesetzt hat, so sollen sie alle darunter verstanden werden, und sie müssen die Erbschaft in gleiche Theile theilen [x]). So kommt auch darauf nichts an, ob der Erblasser denjenigen kennt oder nicht, den er zu seinem Erben eingesetzt hat [y]). Auch der Stand macht Niemanden zur Erbeseinsetzung unfähig, wenn er auch noch so vornehm seyn sollte. Daher kann man den Kayser und seinen Landesregenten zu Erben einsetzen. Nur alsdenn wollten die Kayser nicht Erben werden, wenn der Erblasser über sein Vermögen einen Proceß führte, und deswegen setzte er den Kayser zum Erben ein, damit der Gegner nur den Proceß verliehren sollte. Unter solchen Umständen erklärte der Kayser Pertinax (Handb. 1 Th. S. 518) die Erbeseinsetzung für ungültig [z]). Justinian verordnete, daß Christus, die Erzengel, die Heiligen, die Märtyrer, die Kirche, und die Armen sollten zu Erben eingesetzt werden können. Wenn Christus zum Erben eingesetzt worden, so solle das so viel heißen, als habe der Erblasser die Kirche des Orts, wo er eingepfarrt gewesen, zum Erben ernennt [a]), und die Vorsteher derselben,

u) Höpfners Comment. über die Institut. S. 422.

x) L. 19 §. 1. D. de reb. dub. — Si quis cognationi leget, idem est, atque si cognatis legasset. CRELL D. de his quae familiae relicta sunt.

y) L. 11. C. de hered. inst. §. 12. Inst. de hered.

z) L. 16. pr. C. de test. §. vlt. Inst. quib. mod. test. inf. l. 91. D. de hered. inst. *Imperatorem* litis causa heredem institui, invidiosum est; nec calumniae facultatem ex principali maiestate capi oportet.

a) L. 26. C. de SS. Eccl. — Sancimus, si quidem Dominum Iesum Christum scripsit quis heredem, vel ex asse, vel pro parte, manifeste videri ipsius civitatis vel castelli

sollten die Erbschaft zur Verpflegung der Armen anwenden. Hatte der Erblasser einen Erzengel, Märtyrer oder Heiligen zum Erben eingesetzt, ohne zu bestimmen, welchen er eigentlich meyne, so fällt die Erbschaft der Kirche des Erzengels, Heiligen, oder Märtyrers zu, nach dem die Kirche des Orts genennt worden, wo der Erblasser lebt. Giebt es aber gar keine Kirche dieses Namens, so kommt die Reihe an die Hauptkirche dieses Namens, welche im Erzbisthum liegt [b]). Giebts auch in der Hauptstadt keine Kirche dieses Namens, so fällt die Erbschaft an die sämmtlichen Kirchen des Orts wo der Verstorbene wohnte. Wenn der Verstorbene gar keinen Ort dazu gesetzt hatte, wo der Heilige, Martyrer, oder Erzengel Erbe seyn sollte, oder man hatte mehrere Kirchen dieses Namens, so muste untersucht werden, ob der Erblasser in einer unter diesen Kirchen vorzüglich fleißig den Gottesdienst abgewartet hatte. In diesem Falle wurde diese Kirche Erbe. Konnte aber dieses nicht behauptet werden, so fiel die Erbschaft der ärmsten Kirche seines Wohnorts zu. Diese Verordnungen bezeichnen den Charakter des Justinians nicht undeutlich (Handb. 1 Th. S. 565). Hat Jemand überhaupt die Armen zu seinen Erben bestimmt, so bekommt die Armencasse seines Wohnorts

castelli vel agri, in quo constitutus erit defunctus, ecclesiam sanctissimam institutam esse heredem. — —

b) L. 26. C. de SS. Eccl. — Si vero vnius ex archangelis meminerit, vel venerandorum martyrum, nulla facta aedis mentione, si quidem aliquis sit in illa ciuitate, vel vicinia eius, venerabilis locus in honorem illius reverendissimi archangeli vel martyris exstructus; videri ipsum scriptum esse heredem: si vero nullus talis locus est in illa ciuitate viciniaue eius: tunc venerabilia loca, quae in *metropoli* eius sunt, videri instituta.

orts das Vermögen. Nennt er aber ein eignes Armenhaus, so gehört diesem die Erbschaft [c]). Daß Städte und alle vom Landesregenten bestätigte Gesellschaften zu Erben eingesetzt werden können, ist bereits S. 391. gesagt worden. Städte und öffentlich gebilligte Gesellschaften können auf verschiedne Art angeführt werden, z. B. die Stadt, die Bürgerschaft, die Schneidergilde, die Mäurer, u. s. f. [d]) In allen solchen Fällen gehört die Erbschaft der Casse. Oeffentlich gebilligte Gesellschaften nennt man diejenigen, welche der Landesregent ausdrücklich bestätigt hat. Sollte aber eine dergleichen Gesellschaft weder angeordnet oder bestätigt seyn, so heißt sie eine unerlaubte Gesellschaft, und kann folglich nicht zum Erben ernannt werden, wenn auch die Absicht der Gesellschaft noch so gut seyn sollte. Zur Strafe dürfen folgende Personen, entweder **niemals**, oder doch unter **gewissen Umständen** nicht zu Erben eingesetzt werden. Gänzlich ausgeschlossen von der Erbeseinsetzung sind 1) die Söhne desjenigen, der gegen den Landesregenten das Verbrechen des Hochverraths begangen hat. Als die Ursache führen die römischen Gesetze an; die Kinder sollen zu keinem Vermögen gelangen, damit sie nicht etwa in den Stand gesetzt werden, den Tod ihres Vaters zu rächen. Die Töchter eines solchen Verbrechers konnten aber von fremden Personen zu Erben eingesetzt werden; und von ihrer Mutter durfte ihnen der Pflicht-

c) L. 4. C. de episc. et cler. L. 49. §. 1 et 3. C. eod. — Vbi autem indistincte pauperes scripti sunt heredes: ibi Xenonem eius ciuitatis omni modo hereditatem nancisci, et per Xenodochum in aegrotantes fieri patrimonii distributionem.

d) L. 2. D. de reb. dub. — *Ciuibus* ciuitatis legatum vel fideicommissum datum *ciuitati* relictum videtur.

Pflichttheil hinterlassen werden, aber mehr nicht e). Der Pflichttheil war bis auf die Zeiten Justinians nur der vierte Theil des ganzen Vermögens, wie wir S. 368. gesehen haben. 2) Dürfen von der christlichen Religion abgefallene, und Ketzer, nach Verordnung des römischen Rechts nicht zu Erben eingesetzt werden. Dieses Verboth möchte wohl bey uns nicht angewendet werden, da wir vernünftiger denken f). Auch die Juden will Justinian nicht zu Erben eingesetzt wissen. Die Rechtslehrer behaupten, einzelne Juden könne ein Christ zu seinen Erben ernennen, nur nicht eine ganze Judenschaft; jedoch gehe auch dieses in dem Testament eines Juden an, denn dieser könne allerdings die ganze Judenschaft eines Ortes zu Erben einsetzen g). Daß unerlaubte Gesellschaften schlechterdings von Niemanden zu Erben eingesetzt werden können, ist bereits S. 395. gesagt worden h); jedoch können einzelne Mitglieder einer solchen

e) L. 5. §. 1. C. ad leg. Iul. mai. — *Filii* vero eius, — a materna, vel auita, omnium etiam proximorum hereditate et successione habeantur alieni, testamentis extraneorum nihil capiant, sint perpetuo egentes, et pauperes, infamia eos paterna semper comitetur; ad nullos prorsus honores, ad nulla sacramenta perueniant: sint postremo tales, vt his perpetua egestate sordentibus, sit et *mors solutium*, et *vita supplicium*. §. 3. eod. Ad *filias* sane eorum, quotlibet numero fuerint, Falcidiam tantum ex bonis matris, siue testata, s. intestata decesserit, volumus peruenire, vt habeant mediocrem potius filiae alimoniam, quam integrum emolumentum ac nomen haeredis *Mitior* enim circa eas debet esse sententia, quas pro infirmitate sexus minus ausuras esse confidimus.

f) Herr Hofrath Claproth von Testam. S. 72.

g) Höpfners Comment. über die Justit. S. 424.

h) L. 8. C. de hered. inst. — *Collegium* si nullo speciali priuilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse, dubium non est.

solchen Gesellschaft gar wohl zu Erben ernannt werden. So viel von solchen Personen, welche schlechterdings in keinem Testamente zu Erben eingesetzt werden dürfen. Davon sind aber diejenigen Fälle wohl zu unterscheiden, wenn Jemand bloß von dieser oder jener Person nicht zum Erben ernannt werden darf. Hierher gehört 1) der Landesregent, wenn ihn Jemand, der über sein Vermögen mit einer dritten Person einen Proceß hat, zum Erben eingesetzet hat. Dieses hielten die römischen Kayser für unanständig. Z. B. ich habe einen Proceß, oder befürchte wenigstens einen zu bekommen; damit nun mein Gegner sein Recht nicht durchsetzen möge, setze ich den Landesregenten zum Erben ein, weil dieser viel Gewicht hat. Was die Folge von einer solchen Erbeseinsetzung sey, darüber streiten die Rechtslehrer. Einige behaupten, sie werde zwar in Gesetzen nicht gebilligt, indessen sey sie doch nicht ungültig, und der Regent müsse die Erbschaft bekommen, ja es sey sogar beleidigend, dem Landesregenten Ungerechtigkeiten zuzutrauen. Andere Rechtslehrer aber sind der Meynung, man müsse bey dem Buchstaben des Gesetzes stehen bleiben, denn das. in der Note z) angeführte Gesetz, verbiethe dergleichen Erbeseinsetzungen schlechterdings; folglich sey sie auch null und nichtig, und die Erbschaft falle an die Intestaterben i). Unter die Fälle, wo die Erbeseinsetzung gewissermaßen eingeschränkt ist, gehört auch folgender Umstand. Gesetzt es hat sich Jemand zum zweyten, dritten, oder mehreremale verheyrathet, und aus den vorigen Ehen leben Kinder, so kann er seinem jetzigen Ehegatten

i) GVNDLING de princ. herede ex test. ciu. MENCKE D. de principe litis causa herede instit. in Coll. Disp. thes. 18. n. 24. S. 757.

gatten nicht mehr im Testament aussetzen, als er jedem dieser Kinder hinterläßt. Vermacht er den Kindern aus der vorigen Ehe nicht gleich starke Antheile, sondern dem einen mehr als dem andern, so darf der zweyte Ehegatte nicht mehr bekommen, als das Kind aus einer vorigen Ehe, welches am wenigsten bekommen hat. Wir wollen den Fall annehmen, A. hat zum zweytenmale wieder geheyrathet, und hat aus der ersten Ehe zwey Kinder. Nun macht er ein Testament, worin er das eine Kind in 2000 Rthlr., das andere aber in 1000 Rthlr. zu Erben einsetzt. Hier darf er seiner zweyten Frau auch nicht mehr, als 1000 Rthlr. hinterlassen. Die Ursache, warum das römische Recht dieses verordnete, lag darin, weil man verhüten wollte, daß ein Vater, oder eine Mutter ihre Kinder aus der vorigen Ehe nicht verkürzen, und dem zweyten Ehegatten mehr zuwenden sollte [k]). Diese Verordnung gilt auch in Teutschland, wenn nicht bewiesen werden kann, daß sie in einem Lande oder Orte nicht angenommen worden (Handb. 3 Th. S. 204.). Drittens durften Eltern und Kinder alsdenn einander nicht zum Erben einsetzen, wenn sie in einer solchen Ehe gelebt hatten, welche für blutschänderisch (Handb. 3 Th. S. 109.) gehalten wurde. Dergleichen Personen war es auch nicht einmal erlaubt, fremde Personen zu Erben einzusetzen, sondern wenn sie aus einer rechtmäßigen Ehe erzeugte Kinder, Enkel oder Urenkel hatten, so mußten sie solche zu ihren Erben ernennen, desgleichen von ihren Ascendenten, Vater, Mutter, Großvater und Großmutter, wie auch des Vaters Bruder oder Schwester, von den Seitenverwandten aber den Bruder und die Schwester.

k) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 124. PEREZ ad Cod. Lib. V. tit. 9. n. 17 und 19.

ster. Hatten sie diese Anverwandte nicht, so fiel ihr Vermögen mit ihrem Tode dem Fiscus anheim l). Was die übrigen unehelichen Kinder anbetrift, so muß ein Unterschied gemacht werden unter den verschiednen Arten derselben. Sehr viele Rechtslehrer behaupten, weder die aus einem Ehebruch noch aus einer Blutschande erzeugten Kinder, können so wenig von ihrem Vater, als von der Mutter zu Erben eingesetzt werden; denn es sey in der 89 Nov. Cap. 15 verboten. Darauf antworten aber andere berühmte Rechtslehrer, diese Novelle rede bloß von Kindern, die in einer blutschänderischen Ehe gezeugt worden, aber nicht von Personen, welche Ehebruch getrieben, wie man auch aus der 74 Nov. Cap. 6 und der 12 Nov. Cap. 1 im Anfang sehen könne m); folglich sey es erlaubt, seine im Ehebruch und mit einer unverheyratheten Person erzeugten Kinder zum Erben einzusetzen; doch müsse der Erblasser seinen ehelichen Kindern und Eltern ihren Pflichttheil hinterlassen. Bey den natürlichen, oder solchen Kindern, die Jemand mit einer unverheyratheten ehrbaren Person gezeugt hat, verordnet das römische Recht etwas eignes. Nach dem ältesten römischen Rechte konnte sie der Vater zu seinen Erben ernennen, wie er wollte n). Der Kayser Constantin der Große als ein Christ, befahl aller Wahrscheinlichkeit nach, daß der Vater seinen natürlichen Kindern, wenn er eheliche Kinder, oder Eltern, oder Geschwister, oder weitläuftigere Anverwandte hatte, gar nichts solle hinterlassen kön-

l) L. 6. C. de incest. et inut. nupt.

m) Höpfners Comment. über die Institt. S. 425. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 125.

n) L. 45. D. de vulg. et pup. substt. L. fin. C. de iure delib. L. 17. §. 4. D. ad Sctm. Treb. L. 88. §. 2. D. de legat. II.

können o). Die Kayser Valentinian, Valens und Gratian (Handb. 1 Th. S. 540.) milderten diese Verordnung, und setzten fest, wenn Jemand eheliche Kinder, Enkel, oder Eltern habe, so sollten die natürlichen Kinder mehr nicht als $\frac{1}{12}$, sonst aber $\frac{3}{12}$ seines ganzen Vermögens im Testament ausgesetzt bekommen können. Arcadius und Honorius bestätigten die Verordnung ihrer Vorfahren wegen des $\frac{1}{12}$. Aber Valentinian der 3te schafte diese Gesetze im J. Ch. 428 in Rücksicht auf das Abendländische Kayserthum alle wieder ab, und befahl, daß des Constantins seine Verordnung aufs neue gelten sollte. Der Kayser Theodosius nahm aber in seinem morgenländischen Kayserthum dieses Gesetz des Valentinians des Dritten nicht an p). Justinian änderte die angeführten $\frac{3}{12}$ anfangs in $\frac{6}{12}$, und hierauf verstattete er, den natürlichen Kindern, wenn der Erblasser keine ehelichen habe, und auch keine Eltern, das ganze Vermögen zu hinterlassen; habe aber der Erblasser Eltern, so müßten diese den Pflichttheil bekommen q). Nach dem neuesten römischen Rechte ist in Ansehung der natürlichen Kinder also folgendes verordnet. Hat der Vater eheliche Kinder, so kann er seinen natürlichen Kindern nicht mehr als den zwölften Theil seines Vermögens hinterlassen. Wenn er aber keine in der Ehe gezeugten Kinder hat, so kann er die natürlichen in seinem ganzen Vermögen zu Erben einsetzen, nur muß er seinen Eltern den Pflichttheil hinterlassen. Was die Mutter der natürlichen Kinder anbe-

o) Iac. GOTHOFREDVS ad Cod. Theod. Tom. I. S. 394.

p) L. 1, L. 2. Cod. Theod. de nat. lib. l. 2. Cod. Iust. de nat. lib.

q) L. 8. C. de nat. lib. Nov. 89. c. 12. Auth. licet patri C. de nat. lib.

anbetrift, so ist dieselbe nicht so eingeschränkt, sondern sie darf sie so gut bedenken, als ihre ehelichen Kinder, und kann ihnen wohl noch mehr aussetzen [r]). Die Mutter der unehelichen Kinder darf nicht noch besonders etwas bekommen, wenn ihr natürliches Kind $\frac{1}{12}$ erhalten hat. Leben die natürlichen Kinder nicht mehr, so darf der Mutter derselben weiter nichts als die Hälfte von dem, was ihre natürlichen Kinder hätten erhalten können, wenn auch eheliche Kinder da waren, hinterlassen werden. Aus dem zeither angeführten sieht man, daß der Vater lange nicht soviel Freyheit hatte, wenn er seine natürlichen Kinder zu Erben einsetzen wollte, als wenn er sich entschloß, zum Besten seiner andern unehelichen Kinder etwas in seinem Testament zu verfügen. Den natürlichen Kindern konnte er nicht mehr als $\frac{1}{12}$ hinterlassen, da er doch den übrigen unehelichen Kindern, wenn er nur seinen ehelichen Kindern den Pflichttheil hinterließ, sein ganzes Vermögen zu vermachen berechtigt war. Die Rechtslehrer [s]) geben hiervon verschiedene Ursachen an. Sie sagen, die christlichen Kayser hätten auf diese Weise den Concubinat (Handb. 3. Th. S. 176) am leichtesten zu vertilgen geglaubt, da sie es nicht für gut hielten, denselben schlechterdings zu verbieten.

Ueber

r) Nov. 89. c. 12. — Sancimus, vt si quidem quispiam habuerit filios *legitimos*, non possit filiis *naturalibus* eorumque matri vltra *vnam* relinquere vnciam, aut donare naturalibus aut concubinae, sed et si quid amplius dare tentauerit quolibet modo, hoc fieri filiorum legitimorum: vel si filii non sint, concubina vero solummodo, huic *mediam* vnciam relinqui aut donari concedimus —

s) Der Herr geheime Tribunalrath Höpfner über die Instit. S. 425.

Ueber dieses kam dazu, daß man nach den damaligen Grundsätzen im Concubinat leben durfte, und folglich der Vater der natürlichen Kinder genugsam bekannt war. Dieser Fall trat aber bey andern unehelichen Kindern nicht ein, denn dergleichen Kinderzeugungen waren weit strafbarer, und diese Kinder hatten im Rechtsverstande gar keinen Vater. Man hielt sie deswegen gleichsam für fremde Personen, und daraus folgte endlich der Satz, man könne sie also auch, wie alle andere fremde Personen zu Erben einsetzen. Drittens wohnten die natürlichen Kinder beym Vater nebst ihrer Mutter im Hause; sie konnten also durch Schmeicheleyen den Vater sehr leicht zum Nachtheil der ehelichen Kinder einnehmen. Dieses aber war bey den übrigen unehelichen Kindern nicht so leicht möglich. Nun fragt sich noch, gilt das was im römischen Rechte von der Erbeseinsetzung, der im Ehebruch erzeugten Kinder, der Hurkinder und der natürlichen Kinder, verordnet ist, bey uns ebenfalls? Die mehresten Juristen sind der Meynung, daß im Ehebruch erzeugte Kinder gar nicht, die Hurkinder aber und die mit einer ehrbaren Person erzeugten, oder sogenannten natürlichen Kinder alsdann ebenfalls nicht zu Erben eingesetzt werden könnten, wenn der Erblasser eheliche Kinder und Eltern habe. Der unsterbliche Herr Viceczanzler Strube [t]) schreibt, da er den Herrn Hofrath Hommel, welcher behauptet, der Vater könne seine Hurkinder in seinem ganzen Vermögen bis auf den Pflichttheil, den er den ehelichen Kindern nur zu hinterlassen brauche, zu Erben einsetzen,

t) Strubens rechtl. Bedenk. 4. Th. S. 331. 1. Th. 48 Bed. S. 118. HOMMEL Rhapf. 373. S. 232. Vol. I. edit. nou. de an. 1782.

seßen, widerlegt folgendes: „der römische Concubinat war weniger zu tadeln, als der heutige Beyschlaf außer der Ehe, weil jenen die Gesetze erlaubten, gleichsam als eine ohne Feyerlichkeiten eingegangene Ehe. Bey uns aber verletzt er sowohl die menschlichen als göttlichen Gesetze, hauptsächlich der Ehebruch, folglich haben die Gesetzgeber große Ursache von diesem, bey uns sehr häufigen Verbrechen, insonderheit das weibliche Geschlecht dadurch abzuschrecken, daß alle Hoffnung benommen worden, durch des Beyschläfers Wohlthaten, seine und seiner Kinder Wohlfahrt zu befördern. "So edel kann nur ein Mann der unter die ersten Menschen gehört, und der zugleich als der tugendhafteste Vater in Hannover bekannt war, schreiben. Wer wollte elende Scheingründe zum Vortheil der Huren, und ihrer Kinder billigen. Die traurige Erfahrung lehrt es, wie viel Unglück eine Hure den ehelichen Kindern zuziehen kann. Wenn man Stoff zu philosophischen Betrachtungen, über die Denkart der Menschen in Rücksicht auf Keuschheit haben will, so lese man folgende Schriften [u]). Selbst die Römischen Gesetze verstatteten es nicht einmal, daß der Ehebrecher sein ehebrecherisches noch nicht gebohrnes Kind, zum Erben einsetzen konnte; und so war es auch verordnet, daß Personen die mit einander Ehebruch

u) HERALDVS rer. et quaest. iur. quot. lib. 1. c. 2. GRASS de Succeff. §. inſtit. qu. 7. S. 176. GAIL lib. 2. obſ. 88. n. 1. PALEOT. de not. ſpur. fil. c. 40. S. 255. FORSTER de ſucc. ab. int. l. 6. c. 47. MANZ de teſt. val. tit 6. qu. 7. n. 108. S. 442. SANDE Dec. lib. 4. tit. 4. Def. 3. BECK de ſtupro lib. 2 c. 6 §. 1. LEYSER Spec. 356. m. 11. 12. FRANZCK ad Inſt. lib. 3. tit. 1. c. 8. n. 12. PAGENSTECHER ſel. iur. qu. n. 17. WISSENBACH ad Dig. P. I. Diſp. 56. n. 6.

getrieben, und deswegen bestraft worden waren, einander schlechterdings nicht zu Erben ernennen sollten x). Wenn Jemand Zeuge bey einem Testament ist, so kann er nicht zum Erben in diesem Testament ernannt werden, weil er mit dem Erblasser für eine Person gehalten wird (S. 314). Dagegen kann derjenige der das Testament geschrieben hat, allerdings auch zum Erben eingesetzt werden. Nach dem alten römischen Rechte durfte ein solcher, der bloß die Rechte der Lateiner, oder derjenigen überwundenen Völker, die sich auf Gnade und Ungnade ergeben müssen, (Lat. Iun. et libert. dedit.) hatte, nicht zu Erben eingesetzt werden, auch nach dem Julischen Gesetz, kein Eheloser. Erhielt jedoch ein Lateiner noch vor der Erbesantretung das Bürgerrecht, so bekam er dennoch die Erbschaft y). Frauenzimmern konnte nach dem Voconischen Gesetz, nicht mehr als der vierte Theil des Vermögens hinterlassen werden, und nach dem Julischen Gesetz von Eingehung der Ehe (de marit. ord.) erbten unverehlichte Personen gar nichts. Die welche keine Kinder hatten, konnten nicht mehr als die Hälfte von dem bekommen, was ihnen im Testament ausgesetzt worden. Ehegatten durften einander nicht anders

zu

x) Der Herr Hofrath Claproth von Testamenten. S. 12. Strubens rechtl. Bed. 4. Th. 131 Bed. S. 330. VOET ad Pand. Lib. 34. tit 9 n. 3. Tom. II. S. 386. Edit. Colon.

y) VLPIAN. Fr. XXII. 2. — Deditiorum numero heres institui non potest, quia peregrinus est, cum quo testamenti factio non est. §. 3. Latinus Iunianus, si quidem mortis testatoris tempore, vel intra diem cretionis, ciuis Romanus sit, heres esse potest. Quod si Latinus manserit, lege Iunia capere hereditatem prohibetur. Idem iuris est in persona coelibis, propter legem *Iuliam*.

zu Universalerben einsetzen, als wenn sie mit einander Kinder erzeugt hatten, oder von dem Kayser mit dem Rechte gemeinschaftlicher Kinder begnadigt worden waren. Außer diesen Fällen durfte ein Ehegatte dem andern nicht mehr als den zehnten Theil seines Vermögens hinterlassen [z]). Bey der Fähigkeit eines eingesetzten Erben wird auf dreyerley verschiedene Zeitpuncte Rücksicht genommen [a]). Der Erbe muß nämlich so beschaffen seyn, wie die Gesetze es verlangen 1) zur Zeit, da er eingesetzt worden, 2) alsdann, wenn der Erblasser gestorben ist, und 3) zu der Zeit, da er die Erbschaft antreten will. Ist zu einer von diesen drey Zeiten eine Unfähigkeit bey dem Erben vorhanden gewesen, so bekommt er nichts. Auf die Zwischenzeit wird nicht gesehen. War also der eingesetzte Erbe zur Zeit des errichteten Testaments ein Sclave, in der Folge wurde er aber römischer Bürger, so bekam er doch nichts, weil die Römer sagten: ein Testament das gleich anfangs nicht gilt, kann niemals gültig werden [b]). So viel von der Beschaffenheit desjenigen, der in einem Te-

z) Herr Prof. Westphal von Testam. S. 114.

a) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 125.

b) L. 49. §. 1. D. de hered. inst. — In *extraneis* heredibus illa obseruantur, vt sit cum eis testamenti factio: siue ipsi heredes instituantur, siue hi, qui in potestate eorum sunt. Et in *duobus* temporibus inspicitur: *testamenti facti*, vt constiterit institutio et *mortis testatoris*, vt effectum habeat. Hoc *amplius* et cum adibit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio, siue pure, siue cum conditione heres institutus sit. Nam ius heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem. *Medio* autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem mutatio iuris heredi non nocet, quia vt dixi, *tria* tempora inspicimus.

stament zum Erben eingesetzt werden kann. Was die Sachen anbetrift, worüber im Testament etwas verordnet werden kann, (S. 364.) so ist davon folgendes zu bemerken [c]). Da im Testament eine Art der Veräußerung vorgenommen wird, so ist nichts einleuchtender, als daß der Erblasser in seinem letzten Willen nur über solche Sachen etwas festsetzen kann, worüber er nach seinem freyen Willen disponiren darf. Und wenn es gleich bisweilen erlaubt ist, die Sachen des Erben oder eines dritten zu vermachen, so kommt es dabey doch immer darauf an, ob der Erbe oder der Dritte genehmigen will, was der Erblasser verordnet hat [d]). Diesen Grundsätzen gemäß, kann der Erblasser über das im Besitz gehabte Lehngut, in seinem Testament nicht anders etwas verordnen, als wenn es ein vollkommenes Erblehn ist, oder der Lehnherr und die Mitbelehnten willigen darein, und es wird alsdann, wenn er das Lehn Jemanden vermacht haben sollte, auch nicht einmal der Werth desselben, von dem Erben bezahlt [e]). Nur alsdann müssen sich die Kinder die väterlichen Verordnungen über das Lehn gefallen lassen, wenn sie zugleich seine Erben im Allodium geworden sind; oder wenn der Vater über Erbstücke, die bey dem Lehn befindlich sind, etwas verordnet haben sollte. Gleiche Bewandnisse hat es mit Stamm- und Familiengüthern; denn über solche kann auch kein Testament gemacht werden (Handb. 3. Th. S. 606). Nach sächsischen Rechten ist es dem

c) Herr Hofr. Claproth von Testam. S. 61.

d) L. 8. §. 2. D. de leg. II. l. 5. §. 2. l. 71. §. vlt. D. de leg. I. l. 39. §. 1. eod.

e) I. Feud. 8. II. Feud. 45. G. L. Boehmer Princ. Iur. feud. §. 293.

dem Manne nicht erlaubt, seiner Frau die statutarische Portion durch einen letzten Willen zu entziehen, so wie auch die Ehefrau dem Manne, die Intestaterbfolge in das Mobiliarvermögen, durch ihren letzten Willen nicht benehmen kann [f]; es müßten denn die Ehegatten in der Ehestiftung eine andere Erbfolge festgesetzt haben, welches auch durch reciprocirliche Testamente geschehen kann. An solchen Orten, wo Erbgüther eingeführt sind, muß nach den Landesgesetzen entschieden werden, wenn die Frage ist, in wie ferne Ehegatten durch eine letzte Willensverordnung etwas darüber festsetzen können.

§. 5.

Von der willkührlichen Erbeseinsetzung.

Es ist nicht genug, daß man nur weiß, wer zum Erben eingesetzt werden kann, und wer unfähig dazu ist, sondern man muß auch mit der Art und Weise genau bekannt seyn, wie die würkliche Erbeseinsetzung, in jedem einzelnen Falle geschehen muß, wenn das Testament in diesem Stücke zu Recht beständig seyn soll. Unter der Erbeseinsetzung versteht man die deutliche Erklärung des Testators, wer sein Erbe seyn soll. Sie wird im römischen Rechte verschieden eingetheilt [g]. Sie ist entweder so geschehen, daß der Erblasser bestimmt, wer alsdann sein Erbe werden soll, wenn derjenige es nicht werden könnte, oder nicht wollte, dem er vor allen andern seine Erbschaft gerne zuwenden möchte. Dieser Umstand hat zu der Eintheilung der Erbesein-

f) CARPZOV Part. III. C. 7. D. 1. et 3. BERGER Oecon. Iur. lib. II. tit. 4. th. 45. n. 4. S. 345.

g) MADIHN Princip. Iur. Rom. Part. IV. S. 126. Westphal von Testament. S. 164. Claproth von Testam. S. 63.

setzung, in die erste, zweyte, dritte u. s. f. Gelegenheit gegeben. Die Erklärung, wer vor allen übrigen Erbe werden soll, wird schlechtweg nur die Erbeseinsetzung (institutio) genannt. Bestimmt aber der Erblasser zugleich auf den Fall, wenn der erste Erbe es nicht seyn könnte, oder nicht wollte, wer alsdann sein Erbe seyn soll, so nennt man dieses die Substitution (substitutio), die Aftererbeseinsetzung, oder die Nacherbeseinsetzung. Die schlechtweg sogenannte Erbeseinsetzung (institutio) wird nochmals verschieden eingetheilt, denn sie ist 1) entweder eine **nothwendige** Erbeseinsetzung, oder eine **willkührliche**; 2) wird sie in die directe Erbeseinsetzung, oder in die mittelbare oder oblique eingetheilt. Und so ist auch die Substitution entweder pupillaris, oder quasi pupillaris, oder militaris. Alle diese besondern Arten der Erbeseinsetzung müssen einzeln erklärt werden, wenn man die Materie von der Erbeseinsetzung vollständig vortragen will. Es ist aber dieser Theil der Lehre von Testamenten, der schwerste unter allen übrigen. Zuerst tragen die Rechtslehrer einige **allgemeine** Wahrheiten von der Erbeseinsetzung überhaupt vor [h]). Das Wort Erbeseinsetzung wird im römischen Rechte gebraucht, der Erblasser mag seinen Erben **schriftlich** oder **mündlich** bekannt gemacht haben [i]). Nach dem alten römischen Rechte, wo die Juristen zu jedem wichtigen bürgerlichen Geschäfte, eigne Worte festgesetzt hatten, mußte die Ernennung zum Erben auf die vorgeschriebene Weise geschehen, oder sie galt nicht.

h) Höpfners Comment. über die Justit. S. 427.

i) L. 1. § 1. D. de hered. inst. — Institutum autem heredem, eum quoque dicimus, qui scriptus non est, sed nuncupatus.

nicht. Dieses sehen wir aus den Bruchstücken, die uns noch von den vielen Schriften des berühmten Juristen **Ulpian** (Handb. 1 Th. S. 533) übrig geblieben sind. Weil die Testamente für eben so heilig gehalten wurden, als würkliche Gesetze, so führten die Juristen darin die Sprache des Gesetzgebers, indem sie alles befehlsweise und gebiethrerisch ausdrückten; und deswegen sagten sie auch, der Erblasser muß sich bey der Erbeseinsetzung völlig bestimmter Ausdrücke, oder solcher Worte bedienen, welche den Erben unmittelbar, oder **directe** anzeigen [k]). Sie ließen auch kein Testament anders gelten, als wenn es in der **lateinischen** Sprache errichtet worden. Diesen Zwang hob endlich der Kayser Constantin oder eigentlich Constantius (Handb. 1 Th. S. 529) auf, und befahl, jede genaue Bestimmung des Erben, und der Erbtheile solle hinreichend seyn, man möge seinen letzten Willen lateinisch oder Griechisch ausgedrückt haben; wie folgendes Gesetz von ihm beweißt; denn so heißt es im l. 15. C. de test. — Quoniam indignum est, ob inanem obseruationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum: placuit, ademtis his, quorum imaginarius vsus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam obseruantiam, vtrum *imperatiuis* et *directis* verbis fiat, aut *inflexis*. Nec enim interest, si dicatur: Heredem facio, vel instituo, vel volo, vel mando, vel capio, vel esto, vel erit; sed quibuslibet sententiis, vel in *quolibet* loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit

k) VLPIAN in fragm. Tit. 21. — Heres institui *recte* potest his verbis: *Titius heres esto*, *Titius heres sit*, *Titium heredem esse iubeo*. Illa autem institutio: *heredem instituo*, *heredem facio*, plerisque improbata.

voluntatis intentio. Nec neceſſaria ſunt momenta verborum, quae forte ſeminecis et balbutiens lingua profudit. Et in poſtremis ergo iudiciis ordinandis amota erit ſolennium verborum neceſſitas: vt qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacunque inſtrumenti materia conſcribere, et quibuscunque verbis, liberam habeant facultatem. Seit dieſem Geſetz behaupten Ev. Otto, Heineccius, und andere, hätten die Teſtamente in allen Sprachen abgefaßt werden dürfen. Dieſe Meynung hält aber Hr. Prof. Weſtphal für ungegründet, und ſagt: erſt vom Kayſer Theodoſius dem jüngern hätten wir Geſetze darüber l). Aus den Schriften der römiſchen Juriſten, welche wir im Corpus Iuris haben, ſieht man, wie oft über die Ausdrücke, deren ſich ein Teſtator bedient hatte, um ſeinen Erben anzuzeigen, Streit entſtanden ſeyn mag. Zum Beweiß, wie ſcharf ſie alles geprüft haben, mögen folgende Geſetze m) dienen; welche freylich manchem Verächter des römiſchen Rechts Stof zum Gelächter geben können. Nach dem ältern römiſchen Rechte, war der Erbeseinſetzung ſogar ein gewiſſer Platz im Teſtament angewieſen;

l) L. 21. §. 4. C. de teſt. — Illud etiam huic legi proſpeximus inſerendum, vt etiam *graece* omnibus liceat teſtari —

m) L. 1. §. 3. D. de hered. inſt. — Qui neque legaturus quid eſt, neque quemquam exheredaturus, *quinque* verbis poteſt facere teſtamentum; vt dicat: *Lucius Titius mihi heres eſto.* Haec autem ſcriptura pertinet ad eum, qui *non* per ſcripturam teſtatur. Qui poterit etiam *tribus* verbis teſtari, vt dicat: *Lucius heres eſto.* Nam et *mihi* et *Titius* abundat. §. 5. eod. — Si autem ſic ſcribat: *Lucius heres*, licet non adiecerit, *eſto*, credimus plus nuncupatum, minus ſcriptum. Et ſi ita: *Lucius eſto*: tantumdem dicimus. Ergo et ſi ita: *Lucius* ſolummodo.

gewiesen; sie mußte nämlich eher geschehen, als der Testator die Vermächtnisse aussetzte. Dieses war freylich ganz der Natur der Sache gemäß. In neuern Zeiten gieng man auch von dieser Subtilität ab, und erlaubte die Legate vor der Erbeseinsetzung zu bestimmen n), Bloß für die Gewißheit der Erbeseinsetzung sollte auf alle mögliche Weise Sorge getragen werden. Daher bestätigte das neuere römische Recht, was bereits nach ältern Gesetzen befohlen war, daß die Erbeseinsetzung so abgefaßt werden solle, daß die ganze Verlassenschaft eines Testators auf seine Testamentserben komme, und nicht etwa die Intestaterben auch etwas bekommen sollten, denn es war die erste Regel bey allen Testamenten: Niemand kann in seinem letzten Willen solche Verordnungen machen, daß nun die Erbfolge aus einem Testament, und die Intestaterbfolge statt haben muß (nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest). Hatte also Jemand nur einen Erben ernennt, so bekam dieser die ganze Verlassenschaft. Waren aber mehrere Personen von ihm zu Erben eingesetzt worden, so mußte die Erbschaft unter sie vertheilt werden. Damit kein Mißverstand in Ansehung der Theile entstehen möchte, führte man gewisse Worte ein, welche einzelne Theile anzeigen sollten o). Man nennte die ganze Verlassenschaft eines Verstorbenen As, oder das Ganze. Was wir den Universalerben nennen, das hieß bey den Römern heres ex asse. Das Wort As hieß eigentlich so viel, als ein Pfund. Dieses wurde aber in 12 gleiche Theile getheilt, und jeder

n) VLPIAN fragm. XXIV. 15. XXV. 8. L. 24. C. de test.

o) Herr Hofrath Claproth von Testament. S. 77. Höpfners Commentar über die Instit. S. 428.

jeder dieser Theile hatte wiederum eine eigne Benennung. Ein zwölftel ($\frac{1}{12}$) hieß vncia, eine Unze; zwey zwölftel ($\frac{2}{12}$) hießen sextans, oder der sechste Theil von zwölfen; drey zwölftel ($\frac{3}{12}$) oder drey Unzen nennte man quadrans, desgleichen triuncia (Nou. 82. c. 2.) oder den vierten Theil des Ganzen; vier zwölftel ($\frac{4}{12}$) oder vier Unzen hießen triens, weil sie den dritten Theil von zwölfen ausmachen; fünf zwölftel ($\frac{5}{12}$) oder fünf Unzen nennte man quincunx, so viel als quinque vnciae; sechs zwölftel ($\frac{6}{12}$) oder sechs Unzen semis, oder die Hälfte von zwölfen; sieben zwölftel ($\frac{7}{12}$) oder sieben Unzen hießen septunx von septem vnciae; acht zwölftel ($\frac{8}{12}\ \frac{2}{3}$) oder acht Unzen nennte man bes; neun zwölftel ($\frac{9}{12}\ \frac{3}{4}$) oder neun Unzen hießen dodrans; zehen zwölftel ($\frac{10}{12}\ \frac{5}{6}$) oder zehen Unzen nennte man decunx, von decem vnciae, oder dextans, von as demto sextante; elf zwölftel ($\frac{11}{12}$) oder elf Unzen hießen deunx, so viel als As demta vna vncia p). Die Unzen wurden nochmals in kleinere Theile abgetheilt. Eine halbe Unze hieß semiuncia; anderthalb Unzen sesuncia; der vierte Theil einer Unze wurde sicilicum genannt. Wenn der Erblasser mehrere Theile als zwölfe gemacht hatte, so wurde die ganze Erbschaft nicht As genannt, sondern dupondium, und nun theilte man sie in 24 gleiche Theile. War auch diese Eintheilung nicht anwend-

p) L. 13. §. 1. D. de hered. inst. — Paterfamilias distribuere hereditatem in *tot* partes potest, quod voluerit. Sed solennis assis distributio in *duodecim* vncias sit. L. 50. §. 2. eod. — Hereditas plerumque diuiditur in *duodecim* vncias, quae *assis* appellatione continentur. Habent autem et hae partes *propria* nomina ab *vncia* vsque ad assem Puta haec: sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx, as.

anwendbar, so machte man 36 Theile aus der ganzen Erbschaft, und nun bediente man sich des Wortes, tripondium. Diese Eintheilung ist bey der Erklärung der römischen Gesetze, von der Vertheilung einer Erbschaft, unentbehrlich. Z. B. der Erblasser hätte gesagt, A soll in 6 Unzen, B in 8 Unzen, und C in meinem übrigen Vermögen Erbe seyn. Hier kann die Eintheilung der ganzen Erbschaft in zwölf gleiche Theile, oder 12 Unzen nicht angewendet werden, denn der Erblasser hat ja noch mehr als 14 Theile ausgesetzt, indem er sagt, A soll 6 Theile meines Vermögens bekommen, B hingegen 8 Theile, und C alles übrige. Unter diesen Umständen sagten die römischen Juristen, muß die ganze Erbschaft in 24 gleiche Theile vertheilt werden, und nun bekömmt A $\frac{6}{24}$, B $\frac{8}{24}$, und C das übrige oder $\frac{10}{24}$. Nach diesem Verhältnisse rechnete man auch, wenn 36 Theile von der Erbschaft gemacht werden mußten. In Ansehung der Bestimmung der Erbtheile ist folgendes zu bemerken. Hat der Erblasser die Theile, welche jeder von seinen eingesetzten Erben bekommen soll, genau bestimmt, so muß dieses genau befolgt werden. Um hierüber in allen einzelnen Fällen zur Gewißheit zu kommen, so haben die römischen Gesetze sehr viele dunkle Erbeseinsetzungen, welche in Rücksicht auf die Bestimmung der Theile vorkommen können, genauer bestimmt. Man soll vor allen Dingen Acht geben, ob es der Erblasser selbst ganz deutlich bestimmt habe; und wenn dieses nicht ist, muß der Zusammenhang und vernünftige Regeln der Auslegungskunst zu Hülfe genommen werden. So kömmt in einem Gesetz q) folgender Fall vor. Der Erb-

q) L. 78. D. §. 1. de hered. inst. — Lucio Titio ex *duabus* partibus, Publio Maeuio ex *quadrante*, scriptis

Erblasser hatte verordnet, daß der Erbe Mävius drey zwölftel, und der andere Erbe Titius zwey gleiche Theile erhalten sollte. Hier sagt der Jurist, habe der Erblasser dem Titius zweymal drey zwölftel hinterlassen wollen, und weil nur $\frac{9}{12}$ von ihm vertheilt worden, so falle das übrige Vermögen jedem eingesetzten Erben nach Proportion zu; nämlich Mävius bekomme noch $\frac{1}{12}$, und Titius $\frac{2}{12}$; und auf die Art sehe man, daß der Erblasser in der That dem Titius $\frac{8}{12}$, dem Mävius aber $\frac{4}{12}$ seines ganzen Vermögens hinterlassen habe. Zu Entscheidungsgründen nimmt der Jurist folgenden Satz an. Die Alten waren nämlich der Meynung; wenn bey einem Legat die Münzsorte nicht ausgedrückt worden, bey den übrigen war es aber geschehen, so müsse das erste Legat in eben den Münzsorten bezahlt werden, worin die übrigen bezahlt werden sollten. Eine andere Bestimmung der Erbtheile wird in dem gleich darauf folgenden Gesetz r) gemacht. Hier mußte die Berechnung anders gemacht werden, als im vorigen Falle. Im vorigen hatte der Erblasser dem Titius ausdrücklich zwey Theile ausgesetzt. Hier aber sagte er nur: die Söhne sollten gleiche Theile haben;

tis heredibus, *assem* in *dodrantem* esse diuisum respondi: quod veteres *nummis* Titio legatis nummorum specie non demonstrata, caeterorum legatorum contemplatione receperunt.

r) L. 78. §. 2. D. de hered. inst. — Filiis heredibus *aequis* partibus institutis, ac postea fratris filio pro duabus vnciis: vnum assem inter omnes videri factum placuit, et ex eo *decem* vncias filios accepisse. Tunc enim ex altero asse portionem intelligi relictam, cum asse nominatim dato, vel *duodecim* vnciis distributis, residua portio non inuenitur. Nihil autem interest, quo loco sine portione quis heres instituatur, quo magis assis residuum accepisse videatur.

haben; das hieß aber in der That nichts anders, als es sollte keiner das Ganze bekommen. Mithin mußte man bloß nach Verhältniß des für des Bruders Sohn ausgesetzten Theils bestimmen, wie viel jeder dieser zu Erben eingesetzten Söhne auf seinen Antheil bekommen sollte. Weil nun dieser zwey zwölftel oder zwey Unzen von der ganzen Verlassenschaft bekommen sollte, so blieb das übrige, welches noch $\frac{10}{12}$ oder zehen Unzen betrug, für die Söhne, und darein mußten sie sich in gleiche Theile theilen. Hatte der Erblasser z. B. für einige Erben die Unzen bestimmt, den andern hingegen schlechtweg nur Theile ausgesetzt, so nahmen die Juristen an, diese letztern sollten nach dem Willen des Testators das andere alles bekommen, was noch da wäre, wenn die ausdrücklich genannten Unzen abgerechnet worden; und dieses in gleiche Theile unter sich vertheilen s). Sollte der Erblasser einigen seiner Erben ihre Theile ausgesetzt haben, bey den übrigen Erben aber hat er es nicht gethan, so bekommen diese letztern alles, was übrig bleibt, nachdem die ausdrücklich bestimmten Theile abgerechnet worden. Bey einer solchen Vertheilung der Erbschaft, wird auch darauf nicht gesehen, ob diejenigen, für welche der Erblasser keine Theile bestimmt hat, vor, oder zwischen, oder hinter denen

s) L. 47. §. 2. D. de hered. inst. — In testamento ita scriptum est: Lucius Titius ex *duabus* vnciis, Gaius Attius, ex parte *vna*, Maeuius ex parte *vna*, Seius ex partibus duabus, heredes mihi sunto. Consulebatur, quid iuris esset: respondit, hanc scripturam illam interpretationem accipere posse, vt Lucius Titius *duas* vncias habeat, caeteri autem quasi *sine* partibus instituti, ex reliquo *dextante* heredes sint. Quem dextantem ita diuidi oportet, vt Seius *quincuncem*, Attius et Maeuius alterum *quincuncem* habeant.

denen genannt sind, von welchen der Erblasser ausdrücklich gesagt hat, wie viel sie bekommen sollten [t]). Gesetzt aber es bleibt nun von der Erbschaft nichts weiter übrig, nachdem die ausdrücklich genannten Theile abgerechnet worden? Hier soll ein Unterschied gemacht werden, ob der Erblasser von den Erben, welchen er keine bestimmten Theile angewiesen hat, gleichwohl ausdrücklich gesagt hat, wie viel sie bekommen sollen. In diesem Falle muß die Erbschaft in 24 Theile getheilt werden, und nun werden die ausdrücklich bestimmten Theile auf die eine Hälfte, oder auf $\frac{1}{2}\frac{2}{4}$ angewiesen, die übrigen aber in die andern $\frac{1}{2}\frac{2}{4}$. Z. E. aus Dritteln wurden Sechstel gemacht, das heißt, es wurde das As in ein Dupondium, tripondium, quadripondium u. s. f. getheilt. Der Nenner des von dem Erblasser gemachten Bruchs wurde so vielmal zu sich selbst gerechnet, als nöthig war, um die Theile herauszubringen; z. B. man machte aus Dritteln Neuntel [u]). Wenn durch die

t) §. 6. Inst. de hered. inst. — Si plures instituantur heredes, ita demum in hoc casu partium distributio necessaria est, si nolit testator, eos *aequis* partibus heredes esse. Satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex aequis partibus eos heredes esse. Partibus autem in *quorundam* personis expressis, si *quis alius sine parte* nominatus erit, si quidem alia pars assi *deerit*, ex ea parte heres fit. Et si *plures sine parte scripti* sunt, *omnes* in eandem partem concurrunt. Si vero *totus as* completus sit, ii, qui nominatim expressas partes habent, in *dimidiam* partem vocantur, et *ille*, vel *illi* omnes, in alteram partem *dimidiam*. Nec interest, *primus*, an *medius*, an *nouissimus*, sine parte heres scriptus sit: ea enim pars data intelligitur, quae vacat.

u) § 8. Inst. de hered. Inst. — Et si plures vnciae, quam duodecim distributae sint, is, qui *sine parte* institutus est, quod *dupondio* deest habebit. Idemque erit, si dupon-

die erste Vergrößerung des Bruchs die ganze Erbschaft gleichsam in zwey Theile getheilt werden mußte, so nennte man die dadurch entstandene neue Hälfte, as secundus, das zweyte Ganze. Hatte der Erblasser durch die festgesetzten Theile, die Summe der zwölf Unzen, worein eine Erbschaft der Regel nach nur vertheilt werden sollte (S. 411.), überstiegen, so erhielten diejenigen Erben, für welche er keine Theile bestimmt hatte, alles was die neue zweyte Hälfte (as secundus) ausmachte. Z. B. der Erblasser hätte $\frac{9}{12}$ vertheilt, und nun noch andere Erben ernannt, ohne ihnen bestimmte Theile anzuweisen, so wird die ganze Erbschaft in sechszehn Theile eingetheilt, und davon bekommen die $\frac{9}{16}$, denen Theile angewiesen sind, die übrigen $\frac{7}{16}$ erhalten aber die übrigen Miterben. Dieses waren Beyspiele, wo die ganze Erbschaft in mehr Theile abgetheilt werden mußte. Es kommen aber auch Fälle vor, wo die ausgesetzten Erbtheile vermindert werden müssen x). Sollte der Erblasser seinen Erben im Eingang des Testaments ungleiche Theile ausgesetzt haben; nachher sagt er aber in eben diesem Testamente, daß sie die Erbschaft unter sich in gleiche Theile theilen sollten, so geht es dar-

si dupondium expletum sit. Quae omnes partes ad assem postea reuocantur, quamuis sint plurium vnciarum. L. 87. D. de hered. inst. — Ex vnciis *sex* primo herede instituto, secundo ex *octo*, si tertius ex *residua* parte, vel *nulla* portionis facta mentione heres instituatur: *quinque* vncias hereditatis *tertius* habebit. In *viginti quatuor* etenim partes hereditate distributa, tertio *ratio calculi*, velut ex *decem* partibus instituto, *quinque vncias* assignauit.

x) L. 13. §. 4. D. de hered. inst. — Sed si excesserit in diuisione *duodecim* vncias, aeque pro rata *decrescit*. Vtputa me ex *duodecim* vnciis heredem, te ex *sex* scripsit. Ego hereditatis habeo *bessem*, tu *trientem*.

darnach y). Zeither sind solche Grundsätze vorgetragen worden, welche dazu dienen, damit die Vertheilung der Erbschaft, in Rücksicht auf die Größe eines jeden Theils, richtig geschehen möge z). Es giebt aber auch andere Rechtssätze, welche alsdenn anwendbar sind, wenn über die Vertheilung der Sachen Zweifel entstehen. Hier ist die erste Regel folgende: der Erblasser wollte entweder, daß der eingesetzte Erbe alles, oder einen bestimmten Theil der Erbschaft, oder bloß einen gewissen Intellectualtheil derselben bekommen sollte. Wird Jemand in Ansehung gewisser abgesonderter Sachen zum Erben ernannt, und der Testator hat gleichwohl noch mehrere zu Erben eingesetzt, so ist dieses eine solche Ernennung, welche mit der eigentlichen Natur der Erbeseinsetzung streitet a). Hier muß der ernannte Erbe bisweilen als Erbe, unter andern Umständen aber als ein Vermächtnißnehmer betrachtet werden. In Ansehung desjenigen Miterben, der nicht zu der nämlichen Sache ernannt ist, wird er nach den Rechten eines Vermächtnißnehmers betrachtet; und in anderer Rücksicht genießt er die Rechte eines jeden andern Erben. Sind in einem Testamente mehrere solche Erben in einer besondern Sache ernannt, so bekommt jeder die ihm besonders ausgesetzte Sache als ein Vorausvermächtniß, und die übrige Erbschaftsmaße theilen sie entweder zu gleichen Theilen, oder

y) L. 12. D. de hered. inst. — Si in *aequalibus* partibus datis, ita adiicitur: quos ex *disparibus* partibus heredes institui, *aeque* heredes sunto; existimandum est, exaequari eos; scilicet si hoc ante peractum testamentum scriptum sit.

z) Herr Hofrath Claproth von Testamenten S. 79.

a) BERGER de herede in re certa instituto.

oder wie es sonst vom Erblasser bestimmt worden [b]). Eben diese Grundsätze treten ein, wenn dem einen Erben die Grundstücke einer gewissen Gegend, und dem andern Grundstücke, die wieder wo anders liegen, vom Erblasser angewiesen worden. Hier bekommt jeder diese Güther zum Voraus, und im übrigen sind sie Miterben zu gleichen Theilen, mithin haben sie auch gleiche Rechte und Verbindlichkeiten, und da diese Grundstücke als Vorausvermächtnisse angesehen werden, so sind sie auch dem Abzuge des Falcidischen Viertels unterworfen. Sollten so viel Schulden da seyn, daß die Erbschaft nicht zureicht, so müssen sie ebenfalls angegriffen werden [c]). Daß ein Erbe, dem der Testator eine Sache besonders angewiesen hat, deswegen nur als ein Vermächtnißnehmer angesehen werden soll, sagt der Kayser Justinian ausdrücklich [d]). Die Erbeseinsetzung muß vom Erblasser sowohl in Rücksicht auf die Person des Erben, er mag nur einen oder mehrere zu Erben eingesetzt haben, als auch in Ansehung der Theile und

b) L. 11. D. de hered. inst. — Attius fundi Corneliani haeres esto mihi, duo Titii illius insulae heredes sunto: habebunt duo Titii semissem, Attius semissem. Idque Proculo placet. Quid tibi videtur? Respondit: vera est Proculi opinio.

c) L. 35. pr. D. de hered. inst. — Pone duos esse heredes institutos, vnum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Libiano, et fundorum alterum quidem facere dodrantem bonorum, alterum quadrantem. Erunt quidem heredes ex *aequis* partibus, quasi sine partibus instituti. Verumtamen officio iudicis tenebuntur, vt *vnicuique* eorum *fundus*, qui relictus est, adiudicetur, vel *attribuetur*.

d) L. 13. C. de hered. inst. — Quoties *certi* quidem ex *certa re* scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, *quos legatariorum loco haberi certum est* etc.

Sachen, welche jeder Erbe bekommen soll, so deutlich und bestimmt als nur möglich ist, ausgedrückt werden. Ist dieses nicht geschehen, so entstehen die langwierigsten und verworrensten Processe darüber. Deswegen erklärten die römischen Gesetze z. B. eine Erbeseinsetzung für ungültig, wenn sie nicht ausdrücklich geschehen war, sondern man mußte sie erst aus andern Verordnungen des Testators schlußweise herausbringen, z. B. dadurch, weil der Erblasser in seinem Testament Vermächtnisse ausgesetzt, einigen seiner Sclaven die Freiheit ertheilt hat u. s. f. Die Erbeseinsetzung muß zwar schlechterdings im Testament geschehen, der Name des Erben kann jedoch in einem Codicill, oder auf eine andere sichere Art bestimmt, und sich darauf im Testamente bezogen werden [e]). Die Juristen nennen ein Testament, worin der Erblasser den Erben nicht selbst mit Namen oder sonst genennt, sondern sich auf einen Zettel bezogen hat, wo der Erbe deutlich angeführt ist, ein mystisches Testament. Hat Jemand nur erst einen Erben ernannt, man sieht aber, er habe noch mehrere zu Erben einsetzen wollen, so bekommt weder der eingesetzte Erbe die Erbschaft, noch die Vermächtnißnehmer die ihnen ausgesetzten Legate. Denn die Gesetze verlangen, daß man ganz gewiß überzeugt seyn könne, der Testator habe mit vollkommenen Verstandeskräften seinen letzten Willen erklärt, und sey auch damit ganz zu Ende gekommen. Wie viele Betrü-

e) L. 77. D. de hered. inst. — Asse toto non distributo, ita scriptum est: quem heredem *codicillis* fecero, heres esto. Titium codicillis heredem instituit. Eius quidem institutio valet ideo, quod licet codicillis dari hereditas non possit, tamen haec ex testamento data videtur.

Betrügereyen würden sonst nicht vorgehen, wenn man unvollendete Testamente in Erfüllung bringen wollte. Mit diesem Satze streitet aber nicht ein anderer, wo die Rechtslehrer sagen: der Erblasser kann nach Beendigung der äußerlichen Feyerlichkeiten, welche zu einem Testament erfordert werden, schriftlich oder mündlich dasjenige deutlicher bestimmen, was er in seinem Testament nicht recht deutlich ausgedrückt hat [f]). Zur Gewißheit des Willens des Testators gehört ferner, daß die Verordnung nicht von einem dritten gemacht, oder dessen Gutbefinden überlassen worden. Daher darf eben der eingesetzte Erbe das Testament nicht selbst schreiben, auch nicht einmal ein Legat gilt, wenn der Vermächtnißnehmer diese Stelle des Testaments selbst geschrieben; doch ist das Selbstschreiben in beyden Fällen erlaubt, wenn der Erblasser das Testament eigenhändig unterschrieben, oder sonst erklärt hat, es sey alles sein Wille, und er habe das Testament gelesen. Auch sogar

f) L. 21. §. 1. D. qui test. fac. poss. — Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt. Quod vero quis *obscurius* in testamento vel nuncupat, vel scribit an post solemnia explanare possit, quaeritur? vtputa Stichum legauerat, cum plures haberet, nec declarauit, de quo sentiret; Titio legauit, cum multos Titios amicos haberet; errauerat in nomine vel praenomine vel cognomine, cum in corpore non erraſſet: poteritne postea declarare, de quo senserit? Et puto posse nihil enim nunc dat, sed datum significat. Sed et si notam postea adiecerit legato vel sua voce, vel litteris vel summam, vel nomen legatarii, quod non scripserat, vel nummorum qualitatem, an recte fecerit? Et puto etiam qualitatem nummorum posse postea addi: nam etsi adiecta non fuisset, vtique placeret coniectionem facere eius, quod reliquit, vel ex vicinis scripturis, vel ex consuetudine patrisfamilias, vel regionis.

alsdann gilt eine Stelle im Testament, wenn der Erblasser vom Erben gefragt worden, ob er nicht auch noch dieses oder jenes verordnen wolle, und der Erblasser sagt, allerdings; wenn dieses nur vor der gehörigen Anzahl Zeugen vom Testator erklärt worden g). Sollte sich der Erblasser in der Person des Erben, oder in Ansehung der Sache geirrt haben, so kann derjenige nicht Erbe seyn, der genannt worden, weil es aus Irrthum geschehen ist, derjenige aber, welchen der Testator zwar nicht genannt, aber doch gemeynt hat, kann auch nichts bekommen, denn es fehlt in beyden Fällen an der Gewisheit des Willens von Seiten des Erblassers, worauf bey einem letzten Willen doch alles ankömmt, nur muß der Irrthum vollkommen bewiesen seyn. Es kann Jemand von dem andern unter einer Bedingung zum Erben eingesetzt werden h); da nun über diesen Fall die wichtigsten Fragen entstehen können, so ist in den Gesetzen genau festgesetzt worden, was hier für Grundsätze angewendet werden sollen. Unter einer Bedingung verstehen die Rechtslehrer einen äußerlichen Umstand, von dessen Wirklichwerden ein gewisses Recht abhängt. Z. B. der Erblasser sagte in seinem Testament:

g) L. 39. §. 1. de legat. III. — Propositum est, non habentem liberos, nec cognatos, in discrimine vitae constitutum per infirmitatem, arcessitis amicis Gaio Seio contubernali dixisse: quod vellet ei relinquere praedia, quae nominasset: eaque dicta in testationem Gaium Seium redegisse, etiam ipso testatore interrogato; an ea dixisset, et responso eius tali μαλιστα, id est maxime, inserto; quaesitum est, an praedia, quae destinata essent, ex caussa fideicommissi ad C. Seium pertinerent? Respondit, super hoc nec dubitandum esse, quid fideicommissum valeat.

h) Der Hr. Prof. Westphal von Testament. S. 209. Claproth von Testament. S. 74. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 135.

ment: Paulus soll mein Erbe seyn, wenn er drey Söhne haben wird. Nun hängt sein Erbrecht von diesem Umstande ab, und dieses wird eine Bedingung genannt. So lange man noch nicht weiß, ob der Umstand geschehen werde, oder nicht, so lange heißt es in Gesetzen: die Bedingung sey noch ungewiß; ist er aber zur Würklichkeit gekommen, so sagt man, die Bedingung sey erfüllt worden; wenn hingegen der Umstand sich gar nicht ereignet hat, so heißt es, die Bedingung ist nicht erfüllt worden. Die Bedingungen werden verschieden eingetheilt i). Erstlich giebt es Bedingungen, welche die Rechtslehrer in praesens, oder in praeteritum, oder in futurum collatas nennen. Beruht die Bedingung auf einem Umstande, der sich bereits vor der Errichtung des Testaments zugetragen hat, so wird diese Bedingung eine auf eine vergangene Zeit gestellte genennt (in praeter. collata). Z. B. der Erblasser hätte gesagt, M. soll mein Erbe seyn, wenn er vor Verfertigung dieses meines Testaments bereits Magister gewesen ist. Ist hingegen der Umstand, welcher die Bedingung ausmacht, an dem Tage bereits vorhanden gewesen, da man ihn zur Bedingung macht, so nennen die Rechtslehrer dieses eine Bedingung, wobey es auf die gegenwärtige Zeit ankömmt (condit. in praesens collata). Z. B. A soll mein Erbe seyn, wenn er heute, da ich mein Testament mache, Stadtrichter in L. ist. Alsdann nennt man aber die Bedingung eine auf die Zukunft gestellte, wenn der Umstand, der die Bedingung ausmacht erst in der künftigen Zeit geschehen soll. Z. B. B soll mein Erbe seyn, wenn er Professor wird. Zweytens theilt man die Bedingungen ein, in aufhaltende oder vernichtende. Eine auf-

i) Madihn Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 135. Höpfners Comment. über die Institit. S. 433.

haltende Bedingung (conditio ſuſpenſiua) iſt diejenige, wenn es auf die Erfüllung des zur Bedingung gemachten Umſtandes ankömmt, ob man dieſes oder jenes Recht erlangen ſoll. Z. B. der Erblaſſer ſagte: B. ſoll mein Erbe ſeyn, wenn er Hauptmann wird. Unter einer vernichtenden Bedingung (conditio reſolutiua) verſtehen die Rechtslehrer eine ſolche Bedingung, wenn ein gewiſſer Umſtand Urſache ſeyn ſoll, ob man ein Recht verlieren wird, oder nicht. Z. B. der Erblaſſer ſagte, B. ſoll die Erbſchaft an C. herausgeben, ſobald er nach Paris reißt. Drittens werden die Bedingungen in bejahende und verneinende eingetheilt. Eine bejahende Bedingung (conditio affirmatiua) iſt diejenige, wenn ein gewiſſer Umſtand geſchehen muß, wenn man das Recht erlangen ſoll, oder wenn man es bereits erlangt hat, ob man es behalten darf. Z. B. der Erblaſſer ſagte, A. ſoll mein Erbe ſeyn, wenn er Theologie ſtudiert. Unter einer verneinenden oder negativen Bedingung (conditio negatiua) verſtehen die Rechtslehrer hingegen ſolche Bedingungen, wenn ein gewiſſer Umſtand nicht geſchehen darf, wenn man das Recht erlangen oder behalten ſoll. Z. B. wenn der Erblaſſer erklärte: C. ſoll mein Erbe ſeyn, wenn er nicht nach Frankreich reißt. Viertens giebt es mögliche und unmögliche Bedingungen. Möglich wird eine Bedingung alsdann genannt, wenn der Umſtand, welcher zur Bedingung gemacht worden, in Erfüllung gehen kann. Unmöglich iſt eine Bedingung, wenn der zur Bedingung gemachte Umſtand nicht in Erfüllung gehen kann. Die unmögliche Bedingung iſt wiederum entweder phyſiſch unmöglich, oder moraliſch unmöglich. Phyſiſch unmöglich wird die Bedingung genannt, wenn die Kräfte der Natur der

Dinge

Dinge verhindern, daß etwas geschehen kann. Z. B. der Erblasser sagte: A. soll mein Erbe seyn, wenn er aus Wasser Wein macht. Dieses kann kein Mensch. Moralisch unmöglich aber ist eine Bedingung, wenn der Umstand, welcher zur Bedingung gemacht worden, sich deswegen nicht ereignen darf, weil es die Gesetze verbothen haben. Z. B. es sagt Jemand ich schenke dir 1000 Thl. wenn du dem A. die Fenster einschmeißest. Dieser Umstand ist verbothen. Die physisch unmögliche Bedingung wird nochmals eingetheilt, in die schlechterdings und in allen Fällen physisch unmögliche Bedingung, und in diejenige, die nur unter gewissen Umständen physisch unmöglich ist. Daß ein Mensch die Elbe austrinken kann, ist schlechterdings in allen Fällen physisch unmöglich, hingegen 12 Kannen Merseburger in Zeit von $\frac{1}{2}$ Stunde auszutrinken, ist bloß einem mäßigen Menschen unmöglich. Die unter gewissen Umständen physisch unmöglichen Bedingungen werden auch schwere Bedingungen in Gesetzen genannt. Auch die mögliche Bedingung wird nochmals verschieden eingetheilt, denn sie ist entweder casualis, oder potestativa, oder mixta. Die mögliche Bedingung wird casualis genannt, wenn ein äußerlicher Umstand eintreten muß, der aber gar nicht von den Kräften dessen abhängt, zu dessen Besten die Bedingung festgesetzt ist, wenn die Bedingung für erfüllt gehalten werden soll. Z. B. wenn Jemand sagte: A. soll mein Erbe seyn, wenn die Niederländer in diesem Jahre noch den König Leopold für ihren rechtmäßigen Regenten erkennen. Hingegen heißt eine mögliche Bedingung potestativa, wenn bloß der Wille und die Kräfte dessen hinreichend sind, der die Bedingung erfüllen soll, daß der zur Bedingung gemachte Umstand eintritt. Z. B.

es sagte Jemand: C soll 100 Rthlr. als ein Geschenk von mir erhalten, wenn er 14 Tage über, alle Tage 1 Stunde in der Allee spatzieren gehen wird. Endlich giebt es auch eine gemischte mögliche Bedingung (conditio possibilis mixta). Darunter versteht man den Fall, wenn es auf die Kräfte eines andern, und auf äußerliche Umstände, die nicht in seiner Gewalt beruhen, ankommt, ob die Bedingung eintreten soll, oder nicht. Z. B. A sagte in seinem Testament: B soll mein Erbe seyn, wenn er einen Sohn bekommen sollte. Jede gemischte mögliche Bedingung erfordert schlechterdings, daß die äußerlichen Umstände zur Erfüllung der Bedingung etwas beygetragen haben. Darauf beruht ein wesentlicher Unterschied von andern Bedingungen; und folglich ist auch der Unterschied zwischen conditionibus potestatiuis und mixtis gegründet. Dieses macht aber eine Bedingung nicht schon zu einer gemischten möglichen Bedingung, weil die Erfüllung der Bedingung auch durch zufällige Umstände hätte verhindert werden können. Es ist bey allen Bedingungen möglich, daß die Erfüllung durch zufällige Umstände verhindert werden kann, folglich kommt bey der gemischten möglichen Bedingung nichts darauf an, sondern die würkliche Mitwürkung äußerlicher Umstände macht einen Theil des wesentlichen dieser Art von Bedingungen aus k). Nachdem die Begriffe und Eintheilungen der verschiednen Arten von Bedingungen vorgetragen worden, so will ich die äußerst intricate Materie, von den bey den Erbeseinsetzungen vorkommenden Bedin-

k) BOECLER de condit. tum mort. causa, tum act. int. viuos adiect. Arg. 1749. BRVSSELIVS Tract. de condit. [illegible]iam. contr. et pact. Lou. 1560. 4. Frf. et Lipf. 1700. 4. cum P. DVRANDI tr. de cond. et mod. impos.

Bedingungen vortragen. Die Erbeseinsetzung wird eine bedingte (heredis institutio conditionata) genennt, wenn sie mit Hinzufügung einer von den angeführten Arten der Bedingungen geschehen ist. Hat aber der Erblasser keine Bedingung dabey gebraucht, so nennt man die Erbeseinsetzung eine unbedingte (heredis institutio pura). Es ist nicht erlaubt, den Erben zugleich mit einer beygefügten Bedingung zu ernennen, und sodann wieder ohne Bedingung. Ist es gleichwohl geschehen, so erklären die Gesetze eine dergleichen Erbeseinsetzung für unbedingt. Hat der Erblasser anfangs eine Bedingung gebraucht, in der Folge setzt er den Erben aber ohne Bedingung ein, so gilt die erstere bedingte Erbeseinsetzung nicht. Setzt er aber Jemanden anfangs unbedingt ein, und in der Folge thut er noch eine Bedingung dazu, so bleibt es dennoch bey der unbedingten Erbeseinsetzung [1]). Wenn der Erblasser etwas mehremale in seinem Testament bestimmt hat, er setzt aber jedesmal eine andere Bedingung dazu, so wird bloß auf diejenige Rücksicht genommen, welche zuerst in Erfüllung geht. Man nimmt an, der Erblasser habe bloß eine darunter erfüllt wissen wollen [m]). Der Erblasser kann einer und eben derselben Person, einen Theil der Erbschaft bedingt,

l) L. 67. D. de hered. inst. — Si ita scriptum fuerit: Tithasus, si in Capitolium ascenderit, heres esto. Tithasus heres esto: secunda scriptura prior est. Plenior est enim, quam prior. L. 27. §. 1. D. de hered. inst. — Sed si te heredem instituero, et deinde eumdem te sub conditione instituam; nihil valere sequentem institutionem, quia satis plena prior fuisset.

m) L. 17. D. de condit. instit. — Si *plures* institutiones ex eadem parte sub *diuersis* conditionibus fuerint: conditio, quae prior exstiterit, occupabit institutionem.

bedingt, und einen andern hingegen ohne Bedingung aussetzen. Hier wird jeder Theil für sich betrachtet, und der Erbe kann den einen Theil nicht anders bekommen, als wenn die Bedingung erfüllt worden [n]). Ist aber in diesem Falle weder ein Miterbe, noch ein Substitut ernannt worden, so muß der Erbe, dem ein Theil der Erbschaft ohne Bedingung ausgesetzt worden, den andern, bey welchem eine Bedingung beygefügt ist, dennoch bekommen, wenn auch die Bedingung nicht erfüllt wird. Denn wo sollte sonst dieser Theil hinfallen. An die Freunde kann er nicht kommen, weil die Intestaterbfolge nicht statt hat, so lange ein Erbe aus einem Testamente da ist; und Niemanden anders hat der Erblasser auf diesen Fall auch nicht ernennt [o]). Hat sich der Erblasser bey der angeführten Bedingung geirrt, so gilt sie ganz und gar nicht. Sollte er aber eine Bedingung haben beyfügen wollen, und hat es vergessen, so gilt die ganze Erbeseinsetzung nicht, weil es an der Gewißheit des Willens von Seiten des Testators fehlt, worauf doch alles ankommt [p]). Diesen Grundsätzen

n) L. 27. pr. D. de her. inst. — Si te solum ex parte dimidia *pure*, ex altera *sub conditione* heredem instituer, et substituero tibi; non existente conditione, substitutum ex ea parte heredem fore, Celsus ait.

o) L. 33. D. de hered. inst. — Si quis ita scripsit; Titius ex parte dimidia heres esto. Idem Titius ex *altera* dimidia, si nauis ex Asia venerit, heres esto: cum ex pura institutione adierit heres, quamuis conditio alterius institutionis pendeat, ex *asse* fit heres: scilicet etiam conditione deficiente. Cum non prosit ei conditio quicquam existens. Quippe cum non dubitetur, quin si quis ex parte dimidia heres institutus sit, nec praeterea quisquam alius, ipse ex asse heres institui videatur.

p) L. 9. §. 5. D. de hered. inst. — Tantumdem Marcellus tractat et in eo, qui conditionem destinans inferere,

sätzen gemäß verursacht auch die Aufhebung oder Abänderung einer Bedingung, welche wider des Erblassers Willen und Absicht geschehen ist, eine Ungültigkeit in der Erbeseinsetzung. Die Bedingung muß mit der Erbeseinsetzung zugleich im Testamente selbst ausgedrückt worden seyn. Sollte daher Jemand im Testament ohne Bedingung zum Erben seyn eingesetzt worden, und hernach setzt der Testator in seinem Codicill gleichwohl noch eine Bedingung dazu, so gilt dieses nicht. Die Römer wollten nicht, daß eine Erbschaft im Codicill sollte wieder genommen werden können, und gleichwohl würde es doch geschehen, wenn die Erfüllung der Bedingung nicht geschehen sollte q). Der Erblasser kann Jemanden unter mehr als einer Bedingung zum Erben einsetzen, und dabey bestimmen, daß sie alle mit einander in Erfüllung gehen sollen, oder nur einige davon, wenn der ernannte Erbe die Erbschaft bekommen soll. Hat er verordnet, daß die Bedingungen alle erfüllt seyn müssen, ehe er Erbe werden kann, so sagt man, die Bedingungen sind verbindungsweise (copulatiue) hinzugesetzt worden, das heißt, der Erblasser hat sie alle als unzertrennlich verbunden angesehen. Hier müssen sie alle erfüllt worden seyn, um die Erbschaft

zu

ferere, non addidit. Nam et hunc *pro non instituto* putat. Sed si conditionem addidit, dum nollet: detracta ea, heredem futurum; nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est. Quam sententiam et ipse et nos probamus.

q) L. 27. §. 1. D. de cond. inst. — Heredi, quem testamento *pure* instituit, *codicillis* scripsit conditionem. Quaero, an ei parere necesse habeat. Modestinus respondit: hereditas codicillis neque adimi potest. Porro in defectu conditionis de ademtione hereditatis cogitasse intelligitur.

zu erhalten. Erklärt hingegen der Erblasser, daß nur eine von den angeführten Bedingungen erfüllt seyn muß, ehe der Erbe die Erbschaft bekommt, so nennt man dieses, die Bedingungen trennungsweise (disiunctiue s. alternatiue) mit der Erbschaft verbinden, das heißt wollen, daß nur eine von den angeführten Bedingungen, es sey welche es wolle, erfüllt worden seyn muß, ehe der Erbe würklich berechtigt seyn soll, sich die Erbschaft zuzueignen r). Hier ist es genug, daß nur eine Bedingung erfüllt wird. Zur Natur einer jeden Bedingung wird erfordert, daß der Umstand welcher die Bedingung ausmacht, nicht schon im Wesen der Erbeseinsetzung liegt; denn wenn dieses ist, so kann man nicht sagen, daß eine Bedingung hinzugesetzt worden, sondern es wird eben so angesehen, als sey die Erbeseinsetzung unbedingt (pure) geschehen. Z. B. der Erblasser sagte: Cajus soll mein Erbe seyn, **wenn er will.** Dieses ist nichts gesagt, und kann für keine Bedingung gehalten werden: denn es kann den Cajum Niemand zwingen, die Erbschaft annehmen zu müssen, er müßte denn ein Notherbe seyn, wie wir in der Folge hören werden s). Der Regel nach muß jede Bedingung ausdrücklich vom Erblasser angeführt werden; jedoch giebt es auch Fälle, wo sie als stillschweigend hinzugesetzt angenommen wird. Z. B. Wenn Jemand unter einer Bedingung zum Erben eingesetzt, und ihm

r) L. 5. D. de condit. instit. — Si heredi plures conditiones *coniunctim* datae sunt, *omnibus* parendum est, quia vnius loco habentur; si *disiunctim* sint, cuilibet.

s) L. 12. D. de condit. inst. — Verba haec: *Publius Maeuius si volet, heres esto*, in *necessario* conditionem faciunt, vt, si nolit, heres non existat. Nam in *voluntaria* heredis persona frustra adduntur, cum et si fuerint addita, *inuitus non adficitur heres.*

ihm auf den Fall, wenn er nicht Erbe seyn würde, ein Vermächtniß ausgesetzt worden, so wird angenommen, als solle er das Vermächtniß ebenfalls nicht anders bekommen, als unter der mit der Erbeseinsetzung verbundenen Bedingung, wie das in der Note [r]) angeführte Gesetz sagt. Die Großmutter hatte ihren Enkel unter der Bedingung, wenn ihn der Vater aus der väterlichen Gewalt loslassen würde, zum Erben eingesetzt; dabey aber demselben nur einen Theil ihrer Erbschaft angewiesen, ohne für das Uebrige Jemanden anders zu ernennen. Deswegen wurde er Erbe des ganzen Vermögens. Zugleich hatte sie verordnet, wenn die Bedingung nicht erfüllt werden sollte, so substituire sie den und den; und nun solle der Enkel bloß ein Vermächtniß bekommen; doch ohne nochmals ausdrücklich die obige Bedingung damit zu verbinden. Gleichwohl wurde angenommen, die Bedingung der Erbeseinsetzung sey auch bey dem Vermächtniß stillschweigend wiederhohlt worden, weil sie nicht wiederrufen war. Es ist bereits oben S. 423. gesagt worden, daß jede Bedingung ihrer Natur nach einen zukünftigen Umstand voraussetzt. Macht hingegen Jemand einen Umstand, welcher sich bereits ereignet hat, es mag erst jetzt, oder vor einiger Zeit geschehen seyn, zur Bedingung, so kann dieses eigentlich für keine wahre Bedingung gehalten werden; und die Würkungen von dieser Bestimmung sind ganz anders, als die, welche

t) L. 18. §. 1. D. de cond. inst. — Hac ratione et Papinianus scribit: cum auia nepotem sub conditione emancipationis pro parte heredem instituit, et postea codicillis scriptis hoc amplius ei legauit, quam quod heredem eum instituit: *repetitam* videri *conditionem* emancipationis etiam in legato, quamuis in legato nullam vt in hereditate substitutionem fecisset.

welche eine wahre Bedingung hervorbringt. Nämlich man muß hier bloß darauf sehen, ob der Umstand, welcher sich bereits ereignet hat, als er zur Bedingung gemacht wurde, damals auch schon erfüllt war, oder nicht. Im ersten Falle wird der Erbe gleich mit Eröfnung des Testaments Erbe; im zweyten hingegen bekommt er nichts. Z. B. Der Testator hätte gesagt: A soll mein Erbe seyn, wenn er den 1 Febr. 1778 verheyrathet seyn sollte. Findet sichs nun nach dem Tode des Erblassers, daß er an diesem Tage verheyrathet war, so bekommt er die Erbschaft, war er es nicht, so wird er auch nicht Erbe u). Wenn eine Handlung des Erben zur Bedingung gemacht worden, welche unerlaubt und verboten ist, so wird dieses eine schändliche, oder moralisch unmögliche Bedingung genennt. Hingegen heißt eine Bedingung lächerlich (derisoria), wenn sie in einer Handlung besteht, welche bloß in einer Beschwerde des Erben besteht, wovon Niemand den geringsten Nutzen hat, und sie wird dem schändlichen und unmöglichen gleich gehalten. Ist eine Bedingung so abgefaßt, daß kein vernünftiger Begrif, Zusammenhang und Verstand herauskömmt, so heißt sie verworren (perplexa). Unmögliche x), lächerliche,

u) L. 10. §. 1. D. de cond. inst. — Si quem ita institutum ponamus: ille si eum codicillis heredem scripsi, heres esto; valeat institutio, etiam in filio, qui in potestate est: cum *nulla* sit conditio, quae in *praeteritum* confertur, vel quae in *praesens*, veluti: *si Rex Parthorum viuit; si nauis in portu stat.*

x) § 10. Inst. de hered. inst. — *Impossibilis* conditio in institutionibus et legatis, nec non in fideicommissis et libertatibus pro non scripta habetur. L. 6. D. de hered. inst. — Si quis ita institutus sit, si monumentum post mortem testatoris in *triduo* proximo mortis eius feciſſet: cum monumentum in *triduo* perfici *non* posſit;

dicen-

liche, unerlaubte und verworrene Bedingungen sollen bey Erbeseinsetzungen nicht gebraucht werden. Ist es geschehen, so werden sie angesehen, als stünden sie nicht da. Die unmögliche Bedingung kann auf zweyerley Art hinzugesetzt werden; entweder so, daß sie geschehen soll, oder daß sie nicht geschehen soll. Das erste wird bejahend, und das letztere verneinend, hinzugesetzt genennt. Beyde Arten der Bestimmung gelten nichts y). Die Ursache, warum jede schlechterdings unmögliche Bedingung, die als bejahend vorgeschrieben worden, sie mag physisch oder moraliſch unmöglich seyn, als nicht beygefügt angesehen wird, und der Erbe gleichwohl Erbe werden muß, ist aller Wahrscheinlichkeit nach diese: Die Gesetzgeber fanden es sehr ungereimt, daß Jemand solche Bedingungen hinzusetzte, von denen er wußte, daß sie schlechterdings nicht erfüllt werden könnten. Hat der Erblasser gleichwohl so ungereimt gehandelt, so soll er zur Strafe seines unvernünftigen Betragens den Nachtheil erfahren, daß die Bedingung ganz und gar keine Kraft hat. Die Rechtslehrer sind jedoch nicht alle gleicher Meynung über die Ursache, warum dergleichen unmögliche Bedingungen als nicht beygefügt angesehen werden sollen. Einige z) sagen: dem Testator muß daran gelegen seyn, wenn er als ein verständiger Mensch handelt, daß sein letzter Wille in Erfüllung geht, denn wer wollte etwas unterneh-

dicendum erit, conditionem euaneſcere, quaſi impoſſibilem.

y) L. 50. §. 1. D. de hered. inſt. — Si in non faciendo impoſſibilis conditio inſtitutione heredis ſit expreſſa, ſecundum omnium ſententiam heres erit, perinde ac ſi *pure* inſtitutus eſſet.

z) AVERAN. Interpr. lib. 2. S. 595. MAIANS. Diſp. 34. §. 4. 5.

ternehmen, wovon man ganz gewiß weiß, es ist umsonst geschehen. Daß er gleichwohl eine solche unmögliche Bedingung angeführt hat, rührt wahrscheinlich daher, sagen diese Rechtslehrer ferner, weil er sich übereilt hat, entweder aus Schwachheit oder in der Geschwindigkeit. Da gegen diese Behauptung verschiednes eingewendet werden kann, z. B. es ist ganz gewiß, der Erblasser hatte sein Testament mit der größten Ueberlegung gemacht, so haben andere Rechtslehrer [a]) diese Meynung verworfen, und sie geben zur Ursache an, warum unmögliche Bedingungen nicht gelten: zu unmöglichen Dingen könne Niemand verpflichtet werden. Darauf antworten aber die Gegner: wenn die Ursache ganz allein darin liegen sollte, so müßten auch bey Verträgen keine unmöglichen Bedingungen hinzugefügt werden können, und gleichwohl sey dieses zu thun erlaubt. Da die Rechtslehrer über die eigentliche Ursache, warum unmögliche Bedingungen bey letzten Willensverordnungen nicht gelten, verschiedner Meynung sind; so streiten sie nun auch darüber, ob die unmögliche Bedingung schon bloß deswegen nicht gelte, weil sie der Testator für unmöglich gehalten, ob sie es gleich in der That nicht war. Man hat dreyerley Meynungen über diese Frage. Einige Rechtslehrer [b]) behaupten, jede unmögliche Bedingung sey ungültig, der Erblasser möge sie bloß dafür gehalten haben, oder sie möge es würklich seyn. Andere [c]) sagen dagegen: nur schlechterdings unmögliche Bedingungen gelten nicht,

a) I. T. RICHTER D. de condit. impos. vlt. vol. adiecta indistincte pro non scripta habenda. S. 1. und 2.

b) AVERAN. Interp. lib. 7. S. 681. AMAYA Obs. lib. 2. c. 12. RICHTER D. de cond. imp.

c) DVRANDVS Tr. de condit. ac mod. imp. c. 7. n. 7.

nicht, der Erblasser mag davon geglaubt haben, was er will; zufällig unmögliche Bedingungen aber gelten nur alsdenn nicht, wenn der Erblasser es wohl wußte, daß die Bedingung nicht möglich sey; wußte er das aber nicht, so gilt die Bedingung. Eine dritte Meynung der Rechtslehrer [d]) geht endlich dahin, daß sie sagen: eine jede unmögliche Bedingung gilt, sobald sie der Erblasser für möglich gehalten hat. Denn wenn der Testator glaubte, die Bedingung sey möglich, so kann man ihn deswegen nicht damit strafen, daß seine Bedingung für nicht geschrieben angesehen wird. Kann jedoch der Erbe beweisen, der Erblasser habe bey dieser sogenannten unmöglichen Bedingung weiter keine Absicht gehabt, als der Erbe solle sich alle mögliche Mühe geben, die Bedingung zu erfüllen, und die Erbschaft dennoch erhalten, wenn er die Bedingung würklich nicht erfüllen könnte, so gilt alsdenn die Bedingung freylich nicht [e]). Die unerlaubten Bedingungen werden ebenfalls als nicht beygefügt angesehen, so wie auch die sogenannten lächerlichen Bedingungen [f]). Unter die verbotenen Bedingungen rechneten die Römer, wenn der Erbe die Asche und Knochen des Erblassers, oder seinen Leichnam ins Meer werfen lassen sollte.

d) BRVSSEL. de cond. testam. S. 299. BECKER D. de condit. imp. non indist. pro non scripta hab. Rost. 1754. §. 19.

e) Höpfners Comment. über die Instit. S. 438.

f) L. 14. D. de condit. inst. — Conditiones contra edicta Imperatorum, aut contra leges, aut quae legis vicem obtinent, scriptae, vel quae contra bonos mores, vel *derisoriae* sunt, aut huiusmodi, quas Praetores improbauerunt, pro non scriptis habentur, et perinde, ac si conditio hereditati, vel legato adiecta non esset, capitur hereditas legatumue.

Ein standesmäßiges Begräbniß war Angelegenheit der Religion, und deswegen durfte nichts unanständiges darüber im letzten Willen verordnet werden. War aber der Erblasser, der dieses verordnet hatte, nicht bey Verstande gewesen, so galt das ganze Testament nicht, weil jeder, der ein Testament machen will, seinen vollkommnen Verstand haben muß g). Die Römer hielten auch die Bedingung für unerlaubt, und also für nicht geschrieben, wenn der Erblasser, der dem Erben auferlegt hatte, dieses oder jenes zu thun, dabey verordnete: der Erbe solle schwören, daß er die Bedingung erfüllen werde. Diesen Eyd erklärte der Prätor, und die Verordnungen der Kayser für unverbindlich, und verordneten: die Bedingung müsse zwar von dem Erben erfüllt werden, aber zu schwören sey er nicht verbunden. Die Regel, daß der Eyd in dergleichen Fällen ungültig sey, wendete man nicht nur bey Erbschaften an, sondern auch bey Vermächtnissen, Fideicommissen und Schenkungen auf den Todesfall. Wenn diejenigen nichtswürdigen Advocaten, die ihre Clienten auf eine höchst strafbare Weise zum Meyneide bewegen, nur noch einige menschliche Empfindungen hätten, so würden sie sich schämen, eine solche Schandthat auszuüben, da die heydnischen Rechtsgelehrten so edel in diesem Stück dachten, wie man aus dem in der Note h) angeführten Gesetz sehen kann. Eind

dem

g) L. 27. pr. D. de cond. inst. — Quidam in suo testamento heredem scripsit sub tali conditione, si reliquias eius in mare abiciat. Quaerebatur, cum heres institutus conditioni non paruisset, an expellendus esset ab hereditate. Modestinus respondit: laudandus est magis, quam accusandus heres, etc.

h) L. 8. pr. D. de cond. inst. — Quae sub *conditione iurisiurandi* relinquuntur, a Praetore reprobantur. Prouidit

dem Erben zwey Bedingungen trennungsweise (alternatiue) auferlegt worden, und der einen ist der Eyd beygefügt, so braucht er gleichwohl nicht zu schwören, wenn er auch die Bedingung mit dem Eyde gewählt haben sollte. Das römische Recht verlangte nicht, daß ein Erbe oder Vermächtnißnehmer, von der Verbindlichkeit den Eyd zu leisten, erst durch den Richter frey gesprochen seyn mußte, wenn er die Erbschaft oder das Vermächtniß annehmen wollte, sondern der Eyd galt von selbst nicht. Denn wenn der Eyd nicht schon von selbst ungültig gewesen wäre, sondern es hätte in jedem Falle erst die Lossprechung davon geschehen müssen, so würde der Erbe oder Vermächtnißnehmer alsdann nichts bekommen haben, wenn er vor der Lossprechung verstorben. Die Bedingung wäre so lange als noch nicht erfüllt angesehen worden i). Eine

Prouidit enim, ne is, qui sub iurisiurandi conditione quid accepit, aut omittendo conditionem perderet hereditatem legatumue: aut cogeretur, turpiter accipiendo conditionem iurare. Voluit ergo, eum, cui sub iurisiurandi conditione quid relictum est, ita capere, vt capiunt hi, quibus nulla talis iurisiurandi conditio inseritur. Et recte. Cum enim *faciles* sint *nonnulli* hominum ad iurandum *contemtu* religionis, *alii perquam timidi metu diuini* numinis, vsque ad superstitionem: ne vel hi, vel illi, aut consequerentur, aut perderent, quod relictum est: Praetor consultissime interuenit.

i) L. 8. §. 8. D. de cond. inst. — De hoc iureiurando remittendo non est necesse adire Praetorem. Semel enim in perpetuum a Praetore remissum est. Nec per singulos remittendum. Et id circo, ex quo dies legati cesserit remissum videtur, etiam ignorante scripto herede. *Ideoque* in herede legatarii recte probatur, vt post diem legati cedentem, si decesserit legatarius, debeat heres eius actione de legato vti: quasi pure legato relicto ei, cui heres exstiterat.

verbotene Bedingung war auch folgende: der Erblasser durfte nämlich bey den Römern dieses nicht zur Bedingung machen, daß die Erben Caution bestellen sollten, sie würden alle Vermächtnisse ohne Ausnahme auszahlen, die der Testator ausgesetzt habe. Diese Bedingung war deßwegen ungültig, weil bisweilen von Jemanden verbotene Vermächtnisse ausgesetzt wurden; damit sie nun der Erbe schlechterdings auszahlen müßte, legte ihm der Testator die Verbindlichkeit auf, dieses zu thun, vermittelst der Bedingung, er solle den Vermächtnißnehmern Caution machen. Eine solche Bedingung war unverbindlich; und daher brauchte der Erbe keine Caution zu bestellen. Hatte er sie doch bestellt, so blieben die Einwendungen, welche gegen das eine oder andere Vermächtniß vorgebracht werden konnten, demungeachtet bey Kräften. Eben so galt auch die Bedingung nicht, daß ein anderer zum Besten desjenigen, der zum Erben eingesetzt worden war, seine Einwilligung geben solle, denn dadurch würde die Gewißheit des letzten Willens zweifelhaft geworden seyn [k]). Für eine schändliche Bedingung wurde es gehalten, wenn Jemand eine unverheyrathete Frauensperson unter der Bedingung zum Erben einsetzte, wenn sie niemals heyrathen würde. Dieses galt nicht, und sie wurde dennoch Erbin [l]). Wird aber einer Jungfer die Bedingung aufgelegt, daß sie diese oder jene Mannsperson nicht heyrathen soll, oder

k) L. 7. D. de cond. inst. L. 68. D. de hered. inst.

l) L. 22. D. de cond. et demonstr. — Quoties sub *conditione* mulieri legatur, *si non nupserit*, et eiusdem fidei commissum sit, vt Titio restituat, si nubat: commode statuitur, et si nupserit, legatum eam petere posse, et non esse cogendam fideicommissum praestare.

oder der Erblasser legt einer Witwe die Bedingung auf, daß sie gar nicht wieder heyrathen soll, so gilt die Bedingung allerdings. Ja die Rechtslehrer behaupten, selbst eine Jungfer müsse die Bedingung, niemals zu heyrathen, erfüllen, wenn der Erblasser ihr diese Bedingung aus guter Absicht und zu ihrem wahren Vortheil aufgelegt hat, z. B. weil er sieht, sie ist so schwächlich, daß sie sterben muß, wenn sie heyrathet [m]). Schändlich ist ferner die Bedingung wenn der Testator dadurch bewirken will, daß der Erbe seine zeither ausgeübte Religion niemals ändern soll. Auch diese Bedingung wollen verschiedne Rechtslehrer nicht gelten lassen, wenn der Testator erklärt, wenn der und der sich zu derjenigen Religion bekennen würde, welcher er, der Erblasser zugethan gewesen, so solle er sein Erbe seyn, oder ein Vermächtniß von 2000 Thl. bekommen. In allen diesen Fällen wird er dennoch Erbe, wenn er auch die Bedingung nicht erfüllt [n]). Eine verworrene Bedingung (condit. perplexa) macht die Erbeseinsetzung ungültig, wenn man nun nicht weiß, wer Erbe seyn soll. Z. B. der Erblasser sagte: A soll mein Erbe seyn, und wenn A. mein Erbe ist, so soll es B. seyn, wenn es aber der B. wird, so soll es der A. seyn. Eine dergleichen Erbeseinsetzung wäre wahrer Unsinn [o]). Sollte

m) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 137. Em. de COSTA tr. de condit. indictae vid. tollenda. NOV. 22. c. 43. 44.

n) KNOPF de nullitate cond. de assumenda relig. pontificia, herede vel legatar. adscr. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S 137. SCHORCH vtrum conditio, qua certa religio in subiecto requiritur, pro turpi vel honesta sit habenda.

o) L. 16. D. de cond. inst. — Si *Titius* heres erit, *Seius* heres erit: si *Seius* heres erit, *Titius* heres esto.

aber der Erblasser bey der Bedingung bloß die Worte oder Gedanken anders gestellt haben, als es nach der natürlichen und richtigen Ordnung des Sprachgebrauchs eigentlich geschehen sollen, man kann aber demungeachtet ganz sicher bestimmen, was er eigentlich hat sagen wollen, so gilt die Verordnung, und wird natürlich verstanden. Die Rechtslehrer nennen eine dergleichen Bedingung praeposiera, eine versetzte; und sie muß von demjenigen erfüllt werden, dem sie aufgelegt worden p). Sollte eine moralisch-unmögliche Bedingung verneinend vorgeschrieben seyn, so gilt die Bedingung; denn hier verlangt der Erblasser in der That nichts anders, als es soll eine unerlaubte Handlung unterlassen werden. Diese Bedingung macht, daß der Erbe oder Vermächtnißnehmer nicht eher etwas bekömmt, als bis er Caution bestellt hat. Dieses wird hinreichend seyn, die verschiedenen Fälle unterscheiden zu können, welche bey dem Falle in Betrachtung kommen, wenn ein Erblasser unmögliche Bedingungen in seinem letzten Willen angeführt hat. Eben so wichtig sind die Grundsätze von der Beyfügung erlaubter Bedingungen. Hier ist die erste Regel: bey einer **willkührlichen** Erbeseinsetzung (S. 408) kann sich der Erblasser, aller Arten der erlaubten Bedingungen bedienen; und es kommt auf ihn an, ob er eine oder mehrere Bedingun-

Iulianus inutilem esse institutionem scribit, cum conditio existere non possit.

p) L. 25. C. de test. — *Praeposteri* reprehensionem, quam nouella constitutio D. Leonis in dotalibus instrumentis sustuliſſe noscitur, in aliis quoque omnibus tam contractibus quam testamentis tollimus, vt tali reprehensione cessante, et stipulatio, et alii contractus et *testatoris voluntas indubitate valeat*: exactione videlicet post conditionem vel diem competente.

dingungen vorschreiben will. So kann z. B. die Bedingung gebraucht werden, daß der und der sein Erbe werden soll, wenn der Erblasser vor einer bestimmten Zeit seines Lebens versterben würde, oder wenn der Intestaterbe die Erbschaft nicht annehmen sollte q). Der Erblasser kann seinen Erben auch die Bedingung auflegen, daß sie eine Zeitlang die Erbschaft ungetheilt besitzen sollen, und so kann er auch den Umstand zur Bedingung machen, daß er noch im Codicill den Namen des Erben angeben wolle, oder angegeben habe; desgleichen, daß der Erbe einem zur Erbschaft gehörigen Knechte die Freyheit schenken solle r). Und so ist es auch dem Erblasser erlaubt zur Bedingung zu machen, daß die Erbin eine gewisse Person heyrathen soll, oder daß der Erbe nur alsdann Erbe seyn soll, wenn der Miterbe die Erbschaft ebenfalls annimmt s). Sollte eine erlaubte Bedingung bejahend hinzugefügt seyn, so bekömmt der unter dieser Bedingung eingesetzte Erbe die Erbschaft der Regel nach nicht eher, als bis die Bedingung in Erfüllung gegangen. Der Prätor gab aber alsdann den Besitz der Güther nach dem Testament, wenn der Erbe die Bedingung nicht gleich erfüllen konnte; er machte aber Caution sie in der Folge zu erfüllen. Andere Grundsätze treten aber ein, wenn Jemand mit einer erlaub-

q) L. 56. D. de hered. inst. — Potest quis ita heredem instituere: si intra annum *septuagesimum* decesserо, ille mihi heres esto. Non enim pro parte testatus intelligi debet, sed sub conditione instituisse. L. 82. D. de her. inst.

r) L. 4. pr. D. de cond. inst. l. 10. pr. eod. l. 20. §. 1. eod.

s) L. 1. C. de inst. et subst. sub cond. L. 3. §. 2. D. de hered. inst.

ten Bedingung verneinend eingesetzt worden. Hier konnte er die Erbschaft zwar gleich fordern, er bekam sie aber nicht anders, als wenn er Caution machte, daß er der Bedingung nicht zuwider handeln werde [t]). Ein Beyspiel wo Jemand unter einer erlaubten Bedingung bejahend zum Erben eingesetzt worden, enthält folgender Fall. Man nehme an, der Erblasser hätte gesagt: A. soll mein Erbe seyn, wenn er heyrathet. Ist er im Stande zu heyrathen, so muß er es gleich thun, und nun bekommt er die Erbschaft ohne Caution. Kann er aber nicht gleich heyrathen, weil er zu jung ist, oder wegen anderer Hindernisse, so kann er die Erbschaft nicht anders bekommen, als wenn er zuvor Sicherheit bestellt hat, daß er in der Folge würklich heyrathen werde, und hier muß der Erbe, den Besitz der Güther nach dem Testament suchen, welchen der Prätor eingeführt hat. Ein Beyspiel, wenn Jemand unter einer verneinenden Bedingung zum Erben eingesetzt worden, und es ist möglich, der Erbe erfüllt die Bedingung nicht, enthält folgender Fall. Gesetzt der Erblasser sagte: A soll mein Erbe seyn, wenn er nicht unter die Soldaten geht. Nach dem ältesten römischen Rechte, bekam dieser Erbe die Erbschaft in seinem ganzen Leben nicht, weil es immer ungewiß blieb, ob er nicht noch Soldat werden könnte. Weil aber dadurch der Erbe, der würklich nicht willens war, Soldat zu werden, wider seine Schuld, die Erbschaft entbehren mußte, so erfand der Oberpriester (pontif. max.) Quintus Mutius Scävola einen Ausweg, indem er

t) CONRADI D. de Cautione Muciana Lipſ. 1761. MAIANSIVS de caut. Muciana in Diſp. n. 40. BALDVIN Tr. Scaeuola ſ. com. de iurispr. Muciana Baſ. 1558. et c. praef. Gundl. Hal. 1719.

er einführte; der Erbe könne die Erbschaft in Besitz nehmen, nur müsse er Caution machen, daß er nie wider die Bedingung handeln, oder auf den Fall alles wieder herausgeben wolle. Diese Sicherheit wird nun dem Erfinder zum Andenken, die Mucianische Caution genannt, die sowohl bey Erbschaften als bey Vermächtnissen angewendet wird u). Die Mucianische Caution brauchte anfangs nur alsdann gemacht zu werden, wenn Jemand einen Miterben hatte. Denn dieser war allein dabey interessirt, weil er die ganze Erbschaft bekam, wenn die Bedingung nicht erfüllt wurde. Hatte also der Erblasser nur einen Erben ernannt, und ihm gleichwohl eine verneinende Bedingung aufgelegt, so fiel die Caution weg, weil niemand vorhanden war, zu dessen Besten die Sicherheit bestellt werden können. Der Kayser Justinian änderte das alte Recht in der 22 Nov. Cap. 43. ab, und setzte fest, daß wenn nur einer zum Erben eingesetzt worden, aber unter einer verneinenden Bedingung, so solle er den Intestaterben die Mucianische Caution bestellen. Von den möglichen Bedingungen (S. 425) darf der Erblasser seinen willkührlichen Erben auflegen, welche er will, und wie viele er will. Wie weit aber seine Rechte bey Notherben gegangen, werden wir im folgenden Paragraphen sehen. Hat sich nun ein Erblasser seines Rechts bedient, und seinen eingesetzten willkührlichen

u) L. 7. D. de cond. et demonstr. — Macianae cautionis vtilitas consistit in conditionibus, quae in *non* faciendo sunt conceptae, vtputa: si in Capitolium *non* ascenderit, si Stichum *non* manumiserit, et in similibus. Et ita Aristoni et Neratio et Iuliano visum est, quae sententia et constitutione D. Piui comprobata est. Nec solum in legatis placuit; verum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est.

lichen Erben Bedingungen aufgelegt, so kommt es darauf an, was dieses für mögliche Bedingungen sind; denn fast bey jeder besondern Art derselben treten andere Grundsätze ein. Hier unterscheiden die Rechtslehrer x) sehr viele Fälle. Erstlich, wenn der Erblasser seinem Erben mehrere Bedingungen verbindungsweise (copulatiue) auferlegt hat, so muß er sie alle erfüllen, wenn er Erbe werden will y); dagegen braucht er aber nur eine von mehrern zu erfüllen, wenn sie ihm trennungsweise (disiunctiue) aufgelegt worden. So lange die Bedingungen nicht erfüllt sind, kann man nicht sagen, der Erbe habe bereits die Erbschaft erworben, sondern es ist noch ungewiß, ob er würklich Erbe werden wird. In dieser Zwischenzeit muß die Erbschaft entweder von einem Gütherpfleger verwaltet werden, oder man verstattet dem Erben den Besitz derselben gegen Caution, daß er sie wieder herausgeben wolle, wenn die Bedingung nicht erfüllt werden sollte. Wird die Bedingung in der Folge würklich nicht erfüllt, so bekömmt der ernannte Erbe nichts, und die Erbschaft fällt entweder an die Miterben, oder an die nächsten Freunde z); wird sie aber erfüllt, so bekömmt der eingesetzte Erbe die Erbschaft, und die Gesetze nehmen an, die Bedingung sey gleich nach dem Tode des Erblassers erfüllt

x) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 139.

y) L. 5. D. de cond. et demon. §. 11. Inst. de hered. inst. — Si plures conditiones in institutionibus adscriptae sunt; si quidem *coniunctim* vtputa si illud et illud factum fuerit; *omnibus* parendum est; si *separatim*, veluti si illud *aut* illud factum erit, *cuilibet* conditioni obtemperari fas est.

z) L. 26. D. de cond. inst. §. 2. Inst. quib. mod. test. inf. — Si conditione, sub qua heres institutus est, defectus sit: in his casibus paterfamilias intestatus moritur.

füllt worden (retrotrahitur conditio). Hat der Erblasser eine Casualbedingung der Erbeseinsetzung beygefügt, so muß der Umstand, worauf alles ankommen soll, schlechterdings würklich werden, wenn der Erbe die Erbschaft bekommen soll; und die Bedingung mag nun entweder deswegen nicht erfüllt werden, weil der Erbe selbst daran Schuld ist, oder die Ursache der Nichterfüllung mag in andern Umständen liegen; so bekömmt er in beyden Fällen nichts [a]). Eine Bedingung, die ganz allein von den Kräften des Erben abhängt, (conditio potestatiua) muß er ebenfalls erfüllen, wenn er die Erbschaft an sich bringen will. Sollte aber Jemand mit Beyfügung einer gemischten Bedingung (cond. pot. mixta) zum Erben ernannt seyn, so wird folgender Unterschied gemacht. Entweder hindert es ein bloßer Zufall, oder eine dritte Person ist daran Schuld, daß die gemischte Bedingung nicht erfüllt worden ist. In diesem letzten Falle bekommt der Erbe die Erbschaft dennoch, wenn er nur von seiner Seite alles gethan hat, was er zu thun schuldig war. Z. B. der Erblasser sagte: A soll mein Erbe seyn, wenn er die B heyrathet. Sie will ihn aber nicht, ob er sich gleich alle Mühe gegeben hat. Hier bekömmt er die Erbschaft dennoch [b]). Denn es würde höchst

a) L. 31. D. de cond. et demonstr. l. vn. §. 7. C. de cad. toll.

b) L. 31. D. de cond. et dem. — Si ipse decedat, nihil ad heredem suum eum transmittere, quia morte eius conditio defeciſſe intelligitur. Vtroque autem viuente, si quidem *ipse nolit* vxorem ducere, quia ipsius facto conditio defecit, nihil ex legato consequitur. *Muliere autem nolente nubere, cum ipse paratus esset*, legatum ei debetur. L. 23. D. de cond. et dem. — plerumque enim haec conditio: si vxorem duxerit, si dederit,

höchst unbillig seyn, ihm die Erbschaft zu entziehen, da er von seiner Seite alles that, was er konnte. Wenn ein bloßer Zufall die Ursache ist, daß die gemischte Bedingung nicht erfüllt wird, der Erbe hat jedoch von seiner Seite wieder alles gethan, so bekömmt er die Erbschaft ebenfalls, wie in dem vorigen Falle c). Jede Bedingung muß auch zu rechter Zeit erfüllt werden. Dieser Zeitpunct der würklichen Erfüllung ist aber wieder verschieden, nachdem die Bedingungen beschaffen sind. Der Regel nach, muß die Bedingung zu der Zeit in Erfüllung gegangen seyn, wenn es der Erblasser bestimmt hat. Ist aber keine Zeit der Erfüllung von ihm angeführt werden, so muß die Bedingung, erst nach dem Tode des Erblassers in Erfüllung gehen; jedoch noch beym Leben des Erben. Stirbt der Erbe vor erfüllter Bedingung, so bekommen seine Erben die Erbschaft nicht d). Bey Casualbedingungen (cond. casual.), und solchen, welche nicht wiederhohlt werden können, ist es jedoch schon genug, wenn sie einmal in Erfüllung gegangen sind, es mag dieses auch beym Leben des Erblassers geschehen seyn. Wollte man dieses nicht annch-

rit, si fecerit, ita accipi oportet, *quod per eum non stet*, quo minus ducat, det, aut faciat.

c) L. 54. D. de legat. I. — Si Titiae legatum relictum est, si arbitratu Seii nupsisset, et viuo testatore Seius decessisset, et ea nupsisset, legatum ei deberi. Sed et si mors impedisset manumissionem, cum tibi legatum esset; si cum manumisisses, nihilominus debetur tibi legatum: quia per te non stetit, quominus perueniat ad libertatem.

d) L. 2. D. de cond. et demonstr. — Conditionum quaedum sunt — quae non nisi post *mortem testatoris* (adimpleri possunt), si decem dederit, si Capitolium ascenderit. Nam vt paruisse quis, conditione videatur, etiam scire debet, hanc conditionem insertam. Nam, si fato fecerit, non videtur obtemperasse voluntati.

annehmen, so würde der Erbe wieder nichts bekommen, da er doch nichts dafür konnte e). So viel von der willkührlichen Erbeseinsetzung, wenn sie unter einer Bedingung geschehen ist. Bey der Materie von Vermächtnissen, wird noch manches vorkommen, was mit dem zeither gesagten in Verbindung steht. Die Gesetze verstatten dem Erblasser auch, einen Erben zu ernennen, mit Anführung einer gewissen Absicht, die er erfüllen soll: z. B. der Testator sagte: A soll mein Erbe seyn, aber zuvor Doctor werden f). Man nennt dieses eine Auflage. Die Absicht, welche der Erblasser erreicht wissen will, kann darin bestehen, daß der Erbe etwas thun oder nicht thun soll. Im ersten Fall wird es eine bejahende Absicht (mod. affirm.), im zweyten aber eine verneinende (mod. negat.) genennt. Die Wirkung besteht darin. Der Erbe braucht nicht so lange zu warten, ehe er die Erbschaft annimmt, als bis die Absicht erfüllt ist, sondern wenn er sie nicht gleich erfüllen will, oder kann, so macht er Caution, daß er die Absicht gewiß erfüllen werde g), und er braucht auch die Absicht alsdenn nur zu erfüllen, wenn sie zum Besten einer dritten Person hinzugesetzt worden. Hat aber

e) L. 91. D. de cond. et dem. L. 7. C. de cond. inst.

f) HACKMANN D. de vsu dist. condit. inter et modum. MEISTER D. de eo quod inter cond. resol. et mod. interest. Goett. 1768. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 143.

g) L. 17. §. vlt. l. 40. §. vlt. D. de cond. et dem. arg. l. 80. D. de cond. et demonstr. — Eas causas, quae protinus agentem repellunt, in fideicommissis non pro conditionalibus obseruari oportet. Eas vero, quae habent moram cum sumtu, admittemus cautione oblata. Nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit, *si* monumentum fecerit, et eum, cui datum est, *vt* monumentum faciat.

aber Niemand einen Vortheil von der Erfüllung der Absicht, so steht es völlig in dem Belieben des Erben, ob er die Absicht erfüllen will, oder nicht [h]). Sollte die Absicht auch gar nicht erfüllt werden können, so ist sie für eine unmögliche Bedingung zu halten, und wird als nicht beygefügt angesehen. Wenn der Modus die Eigenschaften einer Bedingung annimmt, so muß der Erbe Caution machen, oder die Absicht gleich erfüllen. Dieses wird aber nicht vermuthet, sondern der Regel nach wird vermuthet, die Erbschaft gehe sogleich mit dem Tode des Erblassers auf den Erben über. Da nicht so gar oft bey Erbeseinsetzungen eine Absicht beygefügt wird, sondern dieses hauptsächlich nur bey Vermächtnissen zu geschehen pflegt, so wird dort weitläuftiger davon gehandelt werden [i]). Bey der Auseinandersetzung der Grundsätze, welche ein Erblasser zu befolgen hat, wenn er einen willkührlichen Erben ernennt, kommt auch die Frage vor, 1) ob man wohl Jemanden nur auf eine gewisse Zeit zum Erben einsetzen kann; 2) ob es erlaubt ist, Jemanden auf die Art zum Erben zu ernennen, daß er erst, nach einer vergangnen Zeit, z. E. in 4 Jahren Erbe seyn soll [k]). Beydes ist nach dem römischen Rechte verbothen. Wenn also der

h) L. 71. pr. D. de cond. et demonstr. — Titio centum, ita vt fundum emat, legata sunt. Non esse cogendum Titium cauere — S. Caecilius existimat, quoniam ad ipsum duntaxat emolumentum legati rediret. Sed si filio fratris alumno minus industrio prospectum esse voluit, interesse heredis, credendum est, atque ideo cautionem interponendam, vt et fundus comparetur, ac postea non alienetur.

i) Der Herr Hofrath Claproth von Testamenten S. 305.

k) Höpfners Comment. über die Instit. S. 432.

der Erblasser gleich gesagt hätte, A soll zwar mein Erbe seyn, aber nicht länger als auf 12 Jahre; so würde der A dennoch die Erbschaft beständig behalten; oder er hätte gesagt: A soll erst 12 Jahr nach meinem Tode Erbe werden; so würde der A gleichwohl gleich mit dem Absterben, die Erbschaft antreten müssen. Als die Ursache dieser Verordnung wird angeführt, weil Niemand pro parte testatus, pro parte intestatus sterben kann; das heißt, es geht nicht an, daß bey einer Erbschaft die Erbfolge nach einem Testament, und auch die Intestaterbfolge ihre Anwendung findet. Die eigentliche Ursache, warum dieses nicht geschehen sollte, kann man nicht eher recht einsehen, als wenn man mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Erben vollkommen bekannt ist; und diese werde ich alsdenn erst vortragen, wenn ich die verschiednen Arten, wie man eine Erbschaft erlangen kann, erläutert habe. Andere Grundsätze treten ein, wenn der Tag, oder die Zeit ungewiß ist, welche man der Erbeseinsetzung beygefügt hat. Hier müssen drey Fälle unterschieden werden. Erstlich, der Tag ist völlig ungewiß, denn es weiß schlechterdings Niemand, ob er kommen werde, oder nicht; und wenn er kommen werde. Z. B. wenn der Erblasser sagte: A soll mein Erbe an dem Tage seyn, da ihm sein erster Sohn gebohren werden wird. Zweytens, der Tag ist ungewiß in Ansehung der Frage ob; das heißt, Niemand kann gewiß versichert seyn, daß der Tag kommen werde; z. B. wenn es im Testament hieße: A soll an dem Tage Erbe seyn, da er 21 Jahr alt seyn wird. Drittens, der Tag ist bloß in Ansehung der Frage wenn, ungewiß, denn man weiß zwar, daß der Tag einmal kommen wird, aber nur nicht wenn das geschehen werde. Ein solcher Tag ist der Sterbetag. Im ersten und zweyten

Falle wird der beygefügte Tag als eine Bedingung angesehen, und es gilt dabey eben das, was von Bedingungen gesagt worden [l]); in Ansehung des dritten Falls muß nochmals ein Unterschied gemacht werden. Es kommt nämlich darauf an, ob der Tag mit der Person des Erben verbunden ist, z. B. der Testator hätte gesagt, A soll mein Erbe seyn, an dem Tage da er sterben wird. Dieses gilt nichts, und der Erbe bekommt die Erbschaft gleich, weil eine gewisse Zeit für nicht beygefügt angesehen wird, wie wir S. 448. gesehen haben. Etwas ganz anders verordnet das römische Recht [m]), wenn die Zeit oder der Tag mit der Person eines Dritten verbunden worden; z. B. wenn es im Testament hieße, A soll mein Erbe seyn, an dem Tage da B sterben wird. Hier kommts darauf an, ob A diesen Sterbetag des B überlebt. Geschieht es, so wird er Erbe, geschieht es nicht, so bekommt er nichts. Der Testator kann auch sagen, wenn ich vor dem 70 Jahre sterbe, so soll B mein Erbe seyn. Dieser Tag ist ebenfalls eine ungewisse Zeit, folglich wird er für eine Casual-Bedingung gehalten [n]). Alles was ich zeither in diesem Paragraphen vorgetragen habe, wird jeden genugsam überzeugen, auf wie vielerley Grundsätze man bey der sogenannten willkührlichen Erbeseinsetzung Rücksicht nehmen muß, wenn man keinen Fehler begehen will. Zum Beschluß dieses Paragraphens will ich noch verschiednes nachhohlen, was ebenfalls hierher gehört, und wodurch das angeführte

noch

l) Höpfners Comment. über die Instit. S. 432. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 127.

m) L. 9. C. de hered. inst. — *Extraneum* etiam, cum quis moreretur, heredem scribi sibi placuit.

n) Der Herr Hofrath Claproth von Testamenten S. 66. L. 55. D. de hered. inst.

noch deutlicher werden wird. Es ist nicht schlechterdings nothwendig, das Wort Erbe zu brauchen, wenn man Jemanden zu seinem Erben ernennen will, sondern jeder deutlicher Ausdruck ist hinreichend, woraus jedermann den Schluß machen kann, daß der Testator eine bestimmte Person zu seinem Erben hat ernennen wollen, z. B. wenn er den B zum Herrn seines ganzen Nachlasses ernennt. Und so erklärt das römische Recht o) es für gültig; daß wenn der Erblasser vom Plotius zum Erben eingesetzt worden, er alsdenn sagen könne, Sempronius soll der Erbe des Plotius seyn; denn dieses sey in der That nichts anders gesagt, als Sempronius solle des Erblassers Erbe seyn. Es ist genug, wenn der Erbe bloß den Zeugen, ohne ihn ausdrücklich mit Namen zu nennen, gewiesen, oder auf eine hinreichende Art beschrieben wird p). Weiß man, wen der Erblasser gemeynt hat, so schadet es nichts, wenn er einen falschen Namen gebraucht hat; z. B. er sagte, ich setze meinen Vetter Chr. N. zum Erben ein, und der Vetter heißt nicht Chr. sondern Fr. Auch eine falsche Beschreibung schadet nicht; z. B. wenn der Testator sagte: J. C. B., C. H. Sohn soll mein Erbe seyn, und der Vater des B. hieße nicht C. H. sondern G. L. q). Es schadet auch der Erbeseinsetzung nichts, wenn die Beschreibung des Erben Dinge enthält, die dem Erben nicht zur Ehre gereichen r),

o) L. 48. pr. D. de hered. inst. L. 25. C. de test. l. vlt. C. de hered. inst.

p) L. 58. pr. D. de hered. inst. l. 9. §. 8. l. 58. pr. D. de hered. inst. §. 29. Inst. de legat.

q) L. 4. C. de testam. L. 58. D. de hered. inst. l. 48. §. 3. eod.

r) L. 48. §. 1. D. de hered. inst. — Illa institutio valet: *filius meus impiissimus, male de me meritus,* heres esto.

wenn es nur sonst ganz gewiß ist, wen der Erblasser gemeynt hat; aber eine schimpfliche Benennung, z. E. A der Spitzbube soll mein Erbe seyn, gilt nicht [s]). Da alle dergleichen wunderliche Erbeseinsetzungen nur Gelegenheit zu Processen geben können, so wird sich heutzutage ein verständiger Advocat, oder wer das Testament zu entwerfen hat, derselben enthalten [t]). Noch ist zu bemerken, wenn bey Erbeseinsetzungen, bey Vermächtnissen und Vormundschaften, in Rücksicht auf die Personen, das Wörtchen **oder** gebraucht worden, so muß dieses verstanden werden, daß die durch das Wort **oder** verbundenen Personen gleichen Antheil haben sollen [u]), und es wird nicht etwa nur einer ohne den andern gemeynt. Justinian sagt in dem angeführten Gesetz, man könne ein ziemlich starkes Buch, von den Streitigkeiten der Alten, über den wahren Sinn des Wörtgens **oder** in allen möglichen Fällen, schreiben. Wenn das Wörtgen **oder** bey Sachen und Contracten gebraucht worden ist, so zeigt es nicht einen gleichen Antheil an, sondern es ist bloß eine Sache, oder ein Contract, mit Ausschließung des andern gemeynt. Die Römer ließen auch dieses bey der geschehenen Erbeseinsetzung gelten, wenn der Erblasser gesagt hatte; wenn mein Sclave Stichus Erbe seyn wird, so soll der Titius auch Erbe seyn. Jetzt mußte der Stichus nothwendig die Erbschaft antreten, ehe der Titius dazu gelangen konnte, und dieser wurde adiectus genennt. Dieser Fall war alsdenn nöthig, wenn

esto. Pure enim heres instituitur cum maledicto. Et omnes huiusmodi institutiones receptae sunt.

s) L. 9. §. 8. D. de hered. inst.

t) Herr Hofrath Claproth von Testam. S. 65.

u) L. 4. C. de verb. signif.

wenn der Erblasser mehr schuldig war, als er im Vermögen hatte. Deswegen setzte er eben den Sclaven ein, welcher damit zugleich die Freyheit erhielt x). Folgende Erbeseinsetzungen verbiethet das römische Recht schlechterdings. Erstlich solche, welche etwas schändliches und gesetzwidriges von Seiten des Erblassers zum Grunde haben, zweytens, wenn der eingesetzte Erbe entweder unfähig ist, eine Erbschaft anzunehmen, oder er darf zur Strafe nicht Erbe seyn. Hier treten die oben S. 383. angeführten Grundsätze ein. Verboten waren die auf Erschnappungen abzielenden Erbeseinsetzungen (hered. instit. captatoriae y). Z. B. wenn der Erblasser sagte: wenn mich A zum Erben einsetzen wird, so soll er auch mein Erbe seyn, oder in demjenigen Antheile seines Vermögens, in welchem er mich zum Erben einsetzt, in dem nämlichen Antheile meines Vermögens soll er mein Erbe ebenfalls seyn. Sogar ist diese Erbeseinsetzung nach dem neuern römischen Rechte z) verboten, wenn sie auf eine dritte Person gerichtet war. Anfangs waren bey den Römern

x) L. 88. D. de hered. inst. — Ei, qui soluendo non est, aliquo casu euenit, vt et seruus cum libertate heres existat, et *praeterea alius heres adiiciatur:* veluti si seruo cum libertate herede instituto, ita adiectum sit: *si mihi Stichus heres erit, tunc Titius quoque heres esto.* Nam Titius, antequam Stichus ex testamento heres extiterit, heres esse non potest; cum autem semel haeres extiterit seruus, non potest *adiectus* efficere, vt qui semel heres extiterit, desinat heres esse.

y) LEYSER Spec. 375. de heredipetis et eorum artib. illicitis. BYNCKERSHOECK de captatoria institutione, in Opusc. MAIANSIVS D. de Scto prohib. disposit. captat. in Disp. Iur. ciu. n. 25.

z) L. 29. D. de hered. inst. l. 20. §. 2. D. de cond. inst.

diese Arten der Erbeseinsetzung überhaupt nicht verboten. Da aber Morde daraus entstanden, weil die eingesetzten Erben aus Begierde zu der Erbschaft einander ums Leben brachten, so wurden diese wechselseitigen Erbescinsetzungen ganz und gar verboten. Von dieser verbothenen Erbeseinsetzung unterschied man aber gar sehr den Fall, wenn Personen einander aus Liebe und wahrer Zuneigung zum Erben einsetzten, oder zur Dankbarkeit. Dieses nennte man heredis institutio remuneratoria, und sie hatte hauptsächlich unter Ehegatten (S. 230.) und guten Freunden statt [a]). Aus den angeführten Gesetzen sieht man ganz deutlich, daß die Römer nur solche Erbeseinsetzungen für captatorisch hielten, welche Jemanden erst noch bewegen sollten, denjenigen der bereits sein Testament gemacht hatte, zum Erben zu ernennen. War aber Jemand ungewiß, ob er von einem andern würde zum Erben eingesetzt werden, er wollte ihn auch gar nicht dazu nöthigen, so galt sein Testament. Das römische Recht erklärte ferner alsdann eine Erbeseinsetzung für ungültig, wenn der Erblasser seinen Erben nicht selbst bestimmen wollte, sondern sagte, ein anderer solle es an seiner Statt thun. Z. B. er hätte

a) L. 70. D. de her. inst. — Captatorias institutiones *non eas* Senatus improbauit, quae mutuis affectionibus iudicia prouocauerunt; sed quarum conditio confertur *ad secretum alienae* voluntatis. L. 71. D. de hered. inst. — Illae autem institutiones captatoriae non sunt, veluti, si ita heredem quis instituat: *qua ex parte Titius me heredem instituit, ea ex parte Meuius heres esto:* quia in *praeteritum* non in *futurum* institutio collata est. § 1. Sed illud quaeri potest, an idem seruandum sit, quod Senatus censuit, etiamsi in *aliam* personam captionem direxerit; veluti si ita scripserit: Titius si Meuium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit, probaueritque, heres esto. Quod in sententiam Scti incidere, non est dubium.

hätte gesagt: derjenige soll mein Erbe seyn, den A dazu ernennen wird [b]). Soll ein Testament gelten, so muß es des Testators unbezweifelter eigener letzter Wille seyn, und hierauf kann nicht genug Aufmerksamkeit verwendet werden, weil den Erbschaften, als dem leichtesten Mittel, ohne Mühe reich zu werden, auf alle mögliche Art nachgestellt wird. Die Verordnung des römischen Rechts, daß der Erbe von dem Erblasser selbst, und nicht von einer dritten Person ernennt werden muß, gilt auch noch bey uns, und ist durch das canonische Recht (c. 13. X. de test.) nicht abgeschaft worden [c]). Wenn der Erblasser sich auf eine, von ihm selbst geschehene, oder in eines andern Testament enthaltene Festsetzung der Erbschaftstheile, welche jeder von seinen Erben bekommen soll, berufet, und diese Festsetzung findet sich nach seinem Tode nicht, so gilt die ganze Erbeseinsetzung nicht [d]). Sollte ein Unfähiger unter der Bedingung, wenn er erbfähig wird, zum Erben ernennet worden seyn, so gilt die Erbeseinsetzung. Es ist gleich viel, ob die Bedingung bey der Verordnung selbst steht, oder erst an einem andern Orte angeführt worden ist. Hat sich aber der Erblasser auf eine weiter unten vorkommende Bedingung bezogen, und dieselbe alsdann vergessen anzuführen, so gilt die Erbeseinsetzung als unbedingt [e]). Derjenige, der einen letzten Willen zu entwerfen hat, thut wohl, wenn der Erblasser erklärt,

b) L. 32. l. 68. D. de hered. inst. §. 4. Inst. de test. ordin.

c) Freyherr von Cramer in den Wetzlar. Beyträgen. 3. Th. 12. St. S. 66. Illustr. GLÜCK Progr. Inocent. III. in c. 13. X. de test. iuri ciuili haud derog. in Opusc. fasc. I.

d) L. 2. l. 81. §. 1. D. de hered. inst.

e) L. 8. C. de inst. et subst.

wenn es nur sonst ganz gewiß ist, wen der Erblasser gemeynt hat; aber eine schimpfliche Benennung, z. E. A der Spitzbube soll mein Erbe seyn, gilt nicht [s]). Da alle dergleichen wunderliche Erbeseinsetzungen nur Gelegenheit zu Processen geben können, so wird sich heutzutage ein verständiger Advocat, oder wer das Testament zu entwerfen hat, derselben enthalten [t]). Noch ist zu bemerken, wenn bey Erbeseinsetzungen, bey Vermächtnissen und Vormundschaften, in Rücksicht auf die Personen, das Wörtchen oder gebraucht worden, so muß dieses verstanden werden, daß die durch das Wort oder verbundenen Personen gleichen Antheil haben sollen [u]), und es wird nicht etwa nur einer ohne den andern gemeynt. Justinian sagt in dem angeführten Gesetz, man könne ein ziemlich starkes Buch, von den Streitigkeiten der Alten, über den wahren Sinn des Wörtgens oder in allen möglichen Fällen, schreiben. Wenn das Wörtgen oder bey Sachen und Contracten gebraucht worden ist, so zeigt es nicht einen gleichen Antheil an, sondern es ist bloß eine Sache, oder ein Contract, mit Ausschließung des andern gemeynt. Die Römer ließen auch dieses bey der geschehenen Erbeseinsetzung gelten, wenn der Erblasser gesagt hatte; wenn mein Sclave Stichus Erbe seyn wird, so soll der Titius auch Erbe seyn. Jetzt mußte der Stichus nothwendig die Erbschaft antreten, ehe der Titius dazu gelangen konnte, und dieser wurde adiectus genennt. Dieser Fall war alsdenn nöthig, wenn

esto. Pure enim heres instituitur cum maledicto. Et omnes huiusmodi institutiones receptae sunt.

s) L. 9. §. 8. D. de hered. inst.

t) Herr Hofrath Claproth von Testam. S. 65.

u) L. 4. C. de verb. signif.

wenn der Erblasser mehr schuldig war, als er im Vermögen hatte. Deswegen setzte er eben den Sclaven ein, welcher damit zugleich die Freyheit erhielt x). Folgende Erbeseinsetzungen verbiethet das römische Recht schlechterdings. Erstlich solche, welche etwas schändliches und gesetzwidriges von Seiten des Erblassers zum Grunde haben, zweytens, wenn der eingesetzte Erbe entweder unfähig ist, eine Erbschaft anzunehmen, oder er darf zur Strafe nicht Erbe seyn. Hier treten die oben S. 383. angeführten Grundsätze ein. Verboten waren die auf Erschnappungen abzielenden Erbeseinsetzungen (hered. instit. captatoriae y). Z. B. wenn der Erblasser sagte: wenn mich A zum Erben einsetzen wird, so soll er auch mein Erbe seyn, oder in demjenigen Antheile seines Vermögens, in welchem er mich zum Erben einsetzt, in dem nämlichen Antheile meines Vermögens soll er mein Erbe ebenfalls seyn. Sogar ist diese Erbeseinsetzung nach dem neuern römischen Rechte z) verboten, wenn sie auf eine dritte Person gerichtet war. Anfangs waren bey den Römern

x) L. 88. D. de hered. inst. — Ei, qui soluendo non est, aliquo casu euenit, vt et seruus cum libertate heres existat, et *praeterea alius heres adiiciatur:* veluti si seruo cum libertate herede instituto, ita adiectum sit: *si mihi Stichus heres erit, tunc Titius quoque heres esto.* Nam Titius, antequam Stichus ex testamento heres extiterit, heres esse non potest; cum autem semel haeres extiterit seruus, non potest *adiectus* efficere, vt qui semel heres extiterit, desinat heres esse.

y) LEYSER Spec. 375. de heredipetis et eorum artib. illicitis. BYNCKERSHOECK de captatoria institutione, in Opusc. MAIANSIVS D. de Scto prohib. dispositi. captat. in Disp. Iur. ciu. n. 25.

z) L. 29. D. de hered. inst. l. 20. §. 2. D. de cond. inst.

diese Arten der Erbeseinsetzung überhaupt nicht verboten. Da aber Morde daraus entstanden, weil die eingesetzten Erben aus Begierde zu der Erbschaft einander ums Leben brachten, so wurden diese wechselseitigen Erbeseinsetzungen ganz und gar verboten. Von dieser verbothenen Erbeseinsetzung unterschied man aber gar sehr den Fall, wenn Personen einander aus Liebe und wahrer Zuneigung zum Erben einsetzten, oder zur Dankbarkeit. Dieses nennte man heredis institutio remuneratoria, und sie hatte hauptsächlich unter Ehegatten (S. 230.) und guten Freunden statt [a]). Aus den angeführten Gesetzen sieht man ganz deutlich, daß die Römer nur solche Erbeseinsetzungen für captatorisch hielten, welche Jemanden erst noch bewegen sollten, denjenigen der bereits sein Testament gemacht hatte, zum Erben zu ernennen. War aber Jemand ungewiß, ob er von einem andern würde zum Erben eingesetzt werden, er wollte ihn auch gar nicht dazu nöthigen, so galt sein Testament. Das römische Recht erklärte ferner alsdann eine Erbeseinsetzung für ungültig, wenn der Erblasser seinen Erben nicht selbst bestimmen wollte, sondern sagte, ein anderer solle es an seiner Statt thun. Z. B. er hätte

a) L. 70. D. de her. inst. — Captatorias institutiones *non eas* Senatus improbauit, quae mutuis affectionibus iudicia prouocauerunt; sed quarum conditio confertur *ad secretum alienae* voluntatis. L. 71. D. de hered. inst. — Illae autem institutiones captatoriae non sunt, veluti, si ita heredem quis instituat: *qua ex parte Titius me heredem instituit, ea ex parte Meuius heres esto:* quia in *praeteritum* non in *futurum* institutio collata est. § 1. Sed illud quaeri potest, an idem seruandum sit, quod Senatus censuit, etiamsi in *aliam* personam captionem direxerit; veluti si ita scripserit: Titius si Meuium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit, probaueritque, heres esto. Quod in sententiam Scti incidere, non est dubium.

hätte gesagt: derjenige soll mein Erbe seyn, den A dazu ernennen wird [b]). Soll ein Testament gelten, so muß es des Testators unbezweifelter eigener letzter Wille seyn, und hierauf kann nicht genug Aufmerksamkeit verwendet werden, weil den Erbschaften, als dem leichtesten Mittel, ohne Mühe reich zu werden, auf alle mögliche Art nachgestellt wird. Die Verordnung des römischen Rechts, daß der Erbe von dem Erblasser selbst, und nicht von einer dritten Person ernennt werden muß, gilt auch noch bey uns, und ist durch das canonische Recht (c. 13. X. de test.) nicht abgeschaft worden [c]). Wenn der Erblasser sich auf eine, von ihm selbst geschehene, oder in eines andern Testament enthaltene Festsetzung der Erbschaftstheile, welche jeder von seinen Erben bekommen soll, berufet, und diese Festsetzung findet sich nach seinem Tode nicht, so gilt die ganze Erbeseinsetzung nicht [d]). Sollte ein Unfähiger unter der Bedingung, wenn er erbfähig wird, zum Erben ernennet worden seyn, so gilt die Erbeseinsetzung. Es ist gleich viel, ob die Bedingung bey der Verordnung selbst steht, oder erst an einem andern Orte angeführt worden ist. Hat sich aber der Erblasser auf eine weiter unten vorkommende Bedingung bezogen, und dieselbe alsdann vergessen anzuführen, so gilt die Erbeseinsetzung als unbedingt [e]). Derjenige, der einen letzten Willen zu entwerfen hat, thut wohl, wenn der Erblasser er-

b) L. 32. l. 68. D. de hered. inst. §. 4. Inst. de test. ordin.

c) Freyherr von Cramer in den Wetzlar. Beyträgen. 3. Th. 12. St. S. 66. Illustr. GLÜCK Progr. Inocent. III. in c. 13. X. de test. iuri ciuili haud derog. in Opusc. fasc. I.

d) L. 2. l. 81. §. 1. D. de hered. inst.

e) L. 8. C. de inst. et subst.

klärt, er wolle bey der Erbeseinsetzung oder Vermächtnissen Bedingungen hinzufügen, daß er ihn fragt, ob es sein Wille sey, daß wenn das Gegentheil sich zutragen sollte, alsdann seine ganze Verordnung nichts gelten, und wer nun den Erbschaftsantheil oder das Vermächtniß bekommen solle. Dadurch wird man überzeugt, daß der Testator würklich eine Bedingung machen wollen, denn manche wissen gar nicht einmal, was Bedingungen sind, und was für Würkungen daraus entstehen. Will der Erblasser unter einer Bedingung testiren, so wird dieses auf folgende Art ausgedrückt: ich setze Hr. N. hiermit zum Erben ein, jedoch unter der ausdrücklichen Bedingung, daß u. s. f. Daferne aber u. s. f. so soll dasjenige, so ich zu seinem Besten verordnet, als nicht verordnet angesehen werden, und sein Antheil den übrigen Erben, nach Verhältniß ihres Erbantheils zufallen [f]). Durch die Bedingungen kann ein Testament erstaunend unverständlich gemacht werden, so daß deswegen die verwickeltesten Processe entstehen. Bey der Lehre von Vermächtnissen wird noch sehr viel brauchbares von Bedingungen vorkommen.

§. 6.

Von der nothwendigen Erbeseinsetzung.

Wenn man die im vorigen Paragraphen vorgetragenen Grundsätze von der willkührlichen Erbeseinsetzung nicht genau inne hat, so kann man auch die Rechtswahrheiten von der nothwendigen Erbeseinsetzung (heredis institutio necessaria) nicht gehörig verstehen, und deswegen muß die Materie von der willkührlichen Erbeseinsetzung eher vorgetragen werden, als die Lehre von der nothwendigen Erbeseinse-

f) Herr Hofrath Claproth von Testam. S. 76.

einsetzung. Was nun diese anbetrift, so ist davon folgendes zu merken g). Die sogenannten Gesetze der 12 Tafeln hatten jedem Hausvater eine ganz uneingeschränkte Gewalt gegeben, zum Erben einzusetzen, wen er nur wollte (S. 365.). Ein Vater konnte seine Kinder nach seinem Gefallen, zu Erben einsetzen, oder enterben. Ob er sie auch übergehen können (praeterire), ist zwar zweifelhaft, doch sprechen ihm die größten Rechtslehrer h) dieses Recht ab. Auch die Kinder, wenn sie das Recht hatten, ein Testament zu machen, und die Geschwister gegen einander, bedienten sich der in den Gesetzen ertheilten Freiheit ohne Einschränkung, und enterbten, oder setzten die Ihrigen ein, wie es ihnen gefiel. Nach und nach fieng man aber an, einen Misbrauch dieser Freyheit zu machen, und Eltern, Kinder und Geschwister enterbten einander, wider alles Recht und Billigkeit. Dieses gab Gelegenheit, daß die Rechtsgelehrten und besonders das Centumviralgericht dieser übel angewandten Freyheit Schranken zu setzen anfiengen, und man erklärte Testamente, worin Kinder von ihren Eltern, Eltern von ihren Kindern, und Geschwister von einander, wider alles Recht und Billigkeit, und ohne eine gegründete Ursache, entweder enterbt, oder es war ihrer bey der Erbeseinsetzung nicht gedacht worden, für null und nichtig. Endlich gieng man soweit, daß es auch entferntern Anverwandten verstattet wurde, dergleichen Testamente

g) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S 144. Claproth von Testam. S. 84. Westphal von Testam. S. 260. Höpfners Comment. über die Justit. S. 405.

h) Perill. b. de WINCKLER D. de different. inter testam. nullum et inoff. c. 3. HOFACKER D. sist. hist. iur. ciu. de exhered. et praeter. §. 4. GALVAN de vsufr. c. 8. §. 13.

anzufechten. Einige Rechtslehrer behaupten, auch sogar Personen, die nicht mit dem Verstorbenen verwandt gewesen, oder Fremde, hätten klagen können. Diese Meynung läßt sich nicht beweisen [i]). Hierauf verordneten die Kayser, daß nur Kinder, Eltern und Geschwister sollten klagen können, wenn sie von ihren Eltern, Kindern, oder Geschwistern im Testament nicht zu Erben eingesetzt, sondern entweder enterbt, oder übergangen worden; hätten sie aber von dem Testator in seinem Testament, den Pflichttheil erhalten, so sollten sie weiter nichts fordern. Das neuere römische Recht, besonders der Kayser Justinian [k]) legte also den Erblassern die Verbindlichkeit auf, gewisse ihnen am nächsten verwandte Personen, in dem sogenannten Pflichttheile, wovon S. 368. das nöthige gesagt worden, entweder zu Erben einzusetzen, oder sie aus einer von den festgesetzten Enterbungsursachen, von dem ganzen Pflichttheile zu enterben. Dadurch ist die Eintheilung der Erben in die nothwendigen und willkührlichen entstanden. Nothwendige Erben sind nämlich diejenigen verwandten Personen, die nach den neuesten Gesetzen des Justinians, entweder im Pflichttheile zu Erben eingesetzt, oder wegen einer rechtmäßigen Ursache enterbt werden müssen. Zu diesen nothwendigen Erben gehören erstlich des Erblassers Kinder und Descendenten des weitern Grades, welche an die Stelle der nähern treten. Wenn diese nicht vorhanden sind, folgen die Eltern des Erblas-

sers;

i) Der Herr geheime Tribunalr. Höpfner über die Justit. S. 406. SETZER in Diss. obs. iur. ciu. cont. Lipf. 1768. S. 15.

k) L. 4. C. de lib. praet. Authent. non licet parenti C. de lib. praet. Nov. 115. c. 3.

sers; und wenn er eine schändliche Person zum Erben eingesetzt haben sollte, so sind auch die Brüder und Schwestern desselben, nicht aber die weitern Seitenverwandten, unter die nothwendigen Erben zu rechnen [l]). Alle übrigen erbfähigen Personen, es mögen Anverwandte des Erblassers seyn, oder Fremde, heißen willkührliche Erben. Was ein Erblasser für Rechtssätze zu befolgen hat, wenn er einen oder mehrere von diesen letztern zu seinen Erben erklären will, ist im vorigen Paragraphen gezeigt worden, und in dem gegenwärtigen soll nunmehr auch das wichtigste von der Erbeseinsetzung der nothwendigen Erben angeführt werden. Das erste was hier geschehen muß, besteht darin, daß man die sämmtlichen Personen, welche in die Claße der **nothwendigen Erben** gehören, einzeln durchgeht, weil mancherley dabey zu bemerken ist. Das stärkste Recht haben die Kinder des Erblassers. Unter Kindern werden nach dem neuesten römischen Rechte alle Descendenten verstanden, welche entweder nach dem eigentlichen bürgerlichen Rechte, oder nach den Edicten der Prätoren für Intestaterben gehalten wurden, sie mögen durch die Söhne, oder die Töchter des Erblassers seine Descendenten geworden seyn. Weil die prätorischen Rechte den emancipirten Söhnen die Intestaterbfolge zuerkannten, so gehörten sie auch hierher [m]). Auch die Enkel, welche der Großvater in seiner Gewalt behalten, nachdem er ihren Vater, seinen Sohn, aus seiner väterlichen Gewalt entlassen, wurden unter die nothwendigen Erben gerechnet. Wenn der Erblasser durch die geschehene Arrogation, oder vollkommene Adoption,

l) L. 4. C. de lib. praet. Nov. 115. c. 3. Nov. 117. c. 3. Nov. 115. c. 4. l. 27. C. de inoff. test.

m) L. 5. D. de inoff. test. L. 23. pr. D. de inoff. test.

Adoption, Personen in seine väterliche Gewalt bekommen hatte, so gehörten sie mit unter die Zahl seiner nothwendigen Erben. Und eben dieses muß von den durch die nachfolgende Ehe legitimirten Kindern des Vaters, oder wenn die Legitimation durch ein Rescript zu dem Ende geschehen, daß die Kinder erbfähig werden sollen, auch von diesen gesagt werden. Wenn der Erblasser keine Descendenten hat, welche er als Notherben betrachten muß, so kommt die Reihe an seine Ascendenten, oder die sogenannte aufsteigende Linie. Die Mutter hatte ein Erbrecht erlangt durch den Tertullianischen Rathsschluß, und der Vater wurde durch ein Edict des Prätors zur Erbfolge berechtigt erklärt, wenn er den Sohn aus seiner väterlichen Gewalt los gegeben hatte n). War der Sohn von einem andern adoptirt worden, und dieser ließ ihn aus seiner väterlichen Gewalt los, hierauf machte aber der Sohn ein Testament, worin er seinen leiblichen Vater ausgeschlossen hatte, so konnte der Vater wegen des nicht hinterlassenen Pflichttheils das Testament anfechten. Ueberhaupt gilt hier folgende Regel: alle Ascendenten müssen von ihren Descendenten den Pflichttheil bekommen, denen auch sie denselben zu hinterlassen verbunden sind; ausgenommen wenn Jemand einen andern arrogirt hatte, so bekam er von diesem Kinde die quarta diui Pii nicht o). Wenn der Erblasser keine Descendenten noch Ascendenten hat, so muß er seinen Geschwistern alsdenn den Pflichttheil hinterlassen, wenn er eine schändliche Person zu seinem Erben eingesetzt hat. Sollte er aber eine ehrbare Person zum Erben ernannt haben, so können die Geschwister nichts fordern. Für schändliche

n) L. 15. pr. D. de inoff. test. l. 30. pr. eod.
o) CHIFLETIVS de portione legit. S. 735.

che Personen werden diejenigen gehalten, welche entweder ehrlos sind, oder doch eine sogenannte leuis notae maculam, wie das römische Recht diesen Ausdruck braucht, (Handb. 2 Th. S. 104) an sich haben. Daß der Erblasser sein uneheliches Kind zu seinem Universalerben einsetzen könne, ohne den Geschwistern den Pflichttheil zu hinterlassen, mithin dieses in Rücksicht auf die Testamente nicht unter die Personen, welche einen Flecken an sich haben, gezählt werden dürfe, behaupten wenigstens die größten Rechtslehrer p). Hier kommt die sehr bestrittene Frage vor, ob denn alle drey Arten von Geschwistern den Pflichttheil zu fordern berechtigt sind. Es kann nämlich, wie bekannt, Jemand dreyerley Geschwister haben. Erstlich giebt es vollbürtige Geschwister (germani), das heißt solche, welche insgesammt einen und eben denselben Vater, und eine und eben dieselbe Mutter haben, von denen sie in einer rechtmäßigen Ehe gezeugt worden sind. Zweytens giebt es Geschwister, die zwar alle zusammen, einen und eben denselben Vater, aber verschiedene Mütter haben. Diese werden Geschwister von des Vaters Seite her (consanguinei) genennt. Endlich giebt es drittens Geschwister, die sämmtlich von einer Mutter gebohren worden sind, aber verschiedene Väter haben, und diese heißen Geschwister von der Mutter Seite her (vterini). Nun fragt sich eben, müssen diese dreyerley Geschwister einander ohne allen Unterschied für Notherben erkennen, denen der Pflichttheil hinterlassen werden muß, wenn der verstorbene Bruder

oder

p) Der Herr Domherr Püttmann de querela inoff. testam. in Opusc. S. 217. STVRM D. de spurio herede instituto querelam inoff. testam. fratri excluso non procreante Viteb. 1733.

oder Schwester in seinem Testament eine schändliche Person zum Erben eingesetzt hat. Den vollbürtigen Geschwistern, und denen, die es von des Vaters wegen sind, gehört der Pflichttheil in diesem Falle schlechterdings. Ob aber auch sogar die Geschwister von der Mutter Seite her (vterini) den Pflichttheil fordern können, wenn ihr Stiefbruder, oder Stiefschwester ein Testament gemacht, und ihnen nichts hinterlassen hat, darüber streiten die größten Rechtslehrer. Einige q) leugnen es, andere r) behaupten aber das Gegentheil. Damit man mit beyden Meynungen bekannt werde, will ich folgendes anführen. Vor dem Kayser Constantin dem Großen konnten die vollbürtigen Geschwister, und die von des Vaters Seite her, ein jedes Testament als ungültig anfechten, wenn ihnen der Pflichttheil nicht darin hinterlassen worden war, es mochte zum Erben ernannt seyn, wer da wollte. Ob auch die Geschwister von der Mutter Seite her, dieses zu thun befugt gewesen, läßt sich nicht ganz gewiß bestimmen s). Constantin sprach ihnen aber im L. 1. und 3 Cod. Theod. dieses Recht gänzlich ab, und verordnete, daß nur vollbürtige Geschwister, und solche, die einen und eben denselben Vater hätten, ein Testament anzufechten

q) PERILL. G. L. BOEHMER D. de querela inoff. donat. fratr. §. 3. in Elect. Iur. ciu. Tom. I. S. 250. PERILL. PÜTTMANN D. de querela inofficiosi fratrib. vterinis haud. conced. Lipſ. 1769. in Opusc. n. 1. EIVSD. Pr. vind. diſs. de querel. inof. etc.

r) I. H. BOEHMER D. de querela inoff. fratr. consangu. §. fin. in Exerc. ad Pand. Tom. II. S. 815. MARCKART Interpr. recept. sent. iur. ciu. lect. lib. 1. c. 14. S. 60. WESTENBERG de legitima Diſs. 2. c. 4.

s) MARCKART Interp. lib. 1. c. 14. S. 60. Höpfners Comment. über die Institut. S. 409. Westphal von Testam. S. 267.

zufechten berechtigt seyn sollten, worin ihnen von ihren Geschwistern nichts hinterlassen worden, und gleichwohl habe der Erblasser gar eine ehrlose oder verächtliche Person zu seinem Erben eingesetzt. Constantin erforderte also zwey Stücke, nämlich 1) daß eine schändliche Person zum Erben ernannt worden, 2) daß der Erblasser seinen leiblichen Geschwistern, und solchen, die mit ihm einen Vater gehabt, nicht den Pflichttheil hinterlassen. Allem Ansehen nach hat der Kayser mit dem Worte germani solche Geschwister verstanden, die entweder einen und eben denselben Vater und Mutter oder doch wenigstens einen und eben denselben Vater, obgleich verschiedne Mütter haben. Dieses wird dadurch höchst wahrscheinlich, weil germani und vterini in dem in der Note t) angeführten Gesetz einander entgegen gesetzt werden, und es nichts ungewöhnliches ist, daß germani von den damaligen Schriftstellern auch consanguinei genennt werden u). Andere Gründe liegen in dem L. 3. Cod. Theod. de inoff. test. x) Nach diesem

t) L. 1. Cod. Theod. de inoff. test. — Fratres *vterini* ab inofficiosis actionibus arceantur, et *germanis* tantummodo fratribus aduersus eos duntaxat institutos heredes, quibus innustas constiterit esse notas detestabilis turpitudinis, agnatione durante, sine auxilio Praetoris, petitionis aditus referetur.

u) Der Herr Domherr Püttmann in den Opusc. S. 61. Reiz de ambiguis S. 244.

x) L. 3. Cod. Theod. de inoff. test. — Seruus necessarius heres instituendus est, quia non magis patrimonium quam infamiam consequi videtur. Vnde adparet, actionem inofficiosi fratribus relaxatam, cum *infamiae* adspergitur vitiis is, qui heres extitit, omniaque fratribus tradi, quae per *turpitudinem* aut aliquam *leuem notam* capere non potest institutus. Ita in hac quoque parte, si quando libertis heredibus institutis fratres fuerint alieni, inofficiosi

diesem Gesetz soll kein Freygelassener den Geschwistern vorgezogen werden, ausgenommen der Sclave, welcher deswegen zum Erben eingesetzt worden, weil der Erblasser mehr Schulden hat, als sein Vermögen werth ist, denn jetzt bekam der Sclave nichts vom Vermögen, und hatte noch dazu die Schande, daß das Vermögen des Verstorbenen in seinem Namen verkauft wurde (S. 385). Der Kayser Justinian änderte darin, was Constantin über diesen Punct bestimmt hatte, verschiednes ab, wie wir aus dem L. 27. C. de inoff. test. sehen, dessen Worte folgende sind: Fratres vel sorores *vterini* ab inofficiosa actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur; *consanguinei* autem, durante *agnatione vel non*, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem mouere possunt, si scripti heredes *infamiae*, vel *turpitudinis*, vel *leuis notae macula* adspergantur, vel liberti, qui perperam, et non bene merentes, maximisque beneficiis suum patronum adsequuti, instituti sunt; excepto seruo necessario instituto. Wenn man dieses Gesetz des Justinians mit dem in der Note 1) angeführten des Constantins vergleicht, so sieht man sogleich, daß verschiednes darin abgeändert worden. Denn so braucht Justinian das Wort consanguinei, wo Constantin germani gesagt hatte. Wahrscheinlich bedienten die Verfertiger des Codex sich des Worts germani deswegen nicht, weil sie befürchteten, es möchte zu Mißverstande Anlaß geben, und die Rechtsgelehrten dasselbe in der gewöhnlichen Bedeutung verstehen, so daß sie deswegen behaupteten, die consanguinei brauchten

inofficiosi actione proposita praeualeant in omnibus occupandis facultatibus defuncti, quas ille perperam ad libertos voluerat pertinere.

brauchten auch nicht eingesetzt zu werden, sondern es sey schon genug, wenn nur die vollbürtigen Geschwister (germani) den Pflichttheil bekommen hätten. Durch diese Verbesserung begiengen sie aber einen andern Fehler, indem sie das Wort germani wegließen, da sie doch bloß den Ausdruck consanguinei, der vom Kayser Constantin nicht mit gebraucht worden war, damit verbinden sollen. Denn wie das Gesetz jetzt lautete, hätte man denken sollen, bloß die Geschwister die einen Vater aber verschiedne Mütter hätten, wären berechtigt, von einander den Pflichttheil zu fordern y). Eine andere Abänderung der Verfasser des Justinianischen Codex bestand darin, daß sie zu den Worten des Constantins durante agnatione die zwey Wörter vel non dazu setzten. Was sie dazu bewogen habe, läßt sich nicht ganz gewiß bestimmen. Die größten Rechtslehrer z) führen verschiedne Ursachen an; z. E. es sey deswegen geschehen, weil der Kayser Anastasius im L. 4. C. de legit. tut. den Unterschied zwischen emancipirten Kindern, und solchen die noch der väterlichen Gewalt unterworfen waren, aufgehoben gehabt. Drittens führt Constantin nur zwey Classen von Menschen an, welche nicht zu Erben sollen eingesetzt werden dürfen, wenn der Erblasser entweder noch vollbürtige Geschwister hat, oder doch wenigstens solche, mit denen er einen Vater hat, nämlich: 1) *turpes* oder infames, und 2) *leui nota* laborantes. Hieraus sieht man, daß die Ausdrücke *infamia* adsperli, und *turpitudine* adsperli, in dem angeführten L. 27. nicht zweyer-

y) Höpfners Comment. über die Instit. S. 410. MAREKART Interpr. lib. 1. c. 14

z) Der Herr Domherr Püttmann de querel. inoff. test. c. 1. §. 5. S. 12. in den Opusc.

oder Schwester in seinem Testament eine schändliche Person zum Erben eingesetzt hat. Den vollbürtigen Geschwistern, und denen, die es von des Vaters wegen sind, gehört der Pflichttheil in diesem Falle schlechterdings. Ob aber auch sogar die Geschwister von der Mutter Seite her (vterini) den Pflichttheil fordern können, wenn ihr Stiefbruder, oder Stiefschwester ein Testament gemacht, und ihnen nichts hinterlassen hat, darüber streiten die größten Rechtslehrer. Einige q) leugnen es, andere r) behaupten aber das Gegentheil. Damit man mit beyden Meynungen bekannt werde, will ich folgendes anführen. Vor dem Kayser Constantin dem Großen konnten die vollbürtigen Geschwister, und die von des Vaters Seite her, ein jedes Testament als ungültig anfechten, wenn ihnen der Pflichttheil nicht darin hinterlassen worden war, es mochte zum Erben ernannt seyn, wer da wollte. Ob auch die Geschwister von der Mutter Seite her, dieses zu thun befugt gewesen, läßt sich nicht ganz gewiß bestimmen s). Constantin sprach ihnen aber im L. 1. und 3 Cod. Theod. dieses Recht gänzlich ab, und verordnete, daß nur vollbürtige Geschwister, und solche, die einen und eben denselben Vater hätten, ein Testament anzufechten

q) PERILL. G. L. BOEHMER D. de querela inoff. donat. fratr. §. 3. in Elect. Iur. ciu. Tom. I. S. 250. PERILL. PÜTTMANN D. de querela inofficiosi fratrib. vterinis haud. conced. Lipsi. 1769. in Opusc. n. 1. EIVSD. Pr. vind. diss. de querel. inof. etc.

r) I. H. BOEHMER D. de querela inoff. fratr. consangu. §. fin. in Exerc. ad Pand. Tom. II. S. 815. MARCKART Interpr. recept. sent. iur. ciu. lect. lib. 1. c. 14. S. 60. WESTENBERG de legitima Diss. 2. c. 4.

s) MARCKART Interp. lib. 1. c. 14. S. 60. Höpfners Comment. über die Institut. S. 409. Westphal von Testam. S. 267.

zufechten berechtigt seyn sollten, worin ihnen von ihren Geschwistern nichts hinterlassen worden, und gleichwohl habe der Erblasser gar eine ehrlose oder verächtliche Person zu seinem Erben eingesetzt. Constantin erforderte also zwey Stücke, nämlich 1) daß eine schändliche Person zum Erben ernannt worden, 2) daß der Erblasser seinen leiblichen Geschwistern, und solchen, die mit ihm einen Vater gehabt, nicht den Pflichttheil hinterlassen. Allem Ansehen nach hat der Kayser mit dem Worte germani solche Geschwister verstanden, die entweder einen und eben denselben Vater und Mutter oder doch wenigstens einen und eben denselben Vater, obgleich verschiedne Mütter haben. Dieses wird dadurch höchst wahrscheinlich, weil germani und vterini in dem in der Note t) angeführten Gesetz einander entgegen gesetzt werden, und es nichts ungewöhnliches ist, daß germani von den damaligen Schriftstellern auch consanguinei genennt werden u). Andere Gründe liegen in dem L. 3. Cod. Theod. de inoff. test. x) Nach diesem

t) L. 1. Cod. Theod. de inoff. test. — Fratres *vterini* ab inofficiosis actionibus arceantur, et *germanis* tantummodo fratribus aduersus eos duntaxat institutos heredes, quibus innustas constiterit esse notas detestabilis turpitudinis, agnatione durante, sine auxilio Praetoris, petitionis aditus reseretur.

u) Der Herr Domherr Püttmann in den Opusc. S. 61. Reiz de ambiguis S. 244.

x) L. 3. Cod. Theod. de inoff. test. — Seruus necessarius heres instituendus est, quia non magis patrimonium quam infamiam consequi videtur. Vnde adparet, actionem inofficiosi fratribus relaxatam, cum *infamiae* adspergitur vitiis is, qui heres extitit, omniaque fratribus tradi, quae per *turpitudinem* aut aliquam *leuem notam* capere non potest institutus. Ita in hac quoque parte, si quando libertis heredibus institutis fratres fuerint alieni, inofficiosi

diesem Gesetz soll kein Freygelassener den Geschwistern vorgezogen werden, ausgenommen der Sclave, welcher deswegen zum Erben eingesetzt worden, weil der Erblasser mehr Schulden hat, als sein Vermögen werth ist, denn jetzt bekam der Sclave nichts vom Vermögen, und hatte noch dazu die Schande, daß das Vermögen des Verstorbenen in seinem Namen verkauft wurde (S. 385). Der Kayser Justinian änderte darin, was Constantin über diesen Punct bestimmt hatte, verschiednes ab, wie wir aus dem L. 27. C. de inoff. test. sehen, dessen Worte folgende sind: Fratres vel sorores *vterini* ab inofficiosa actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur; *consanguinei* autem, durante *agnatione vel non*, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem mouere possunt, si scripti heredes *infamiae*, vel *turpitudinis*, vel *leuis notae macula* adspergantur, vel liberti, qui perperam, et non bene merentes, maximisque beneficiis suum patronum adsequuti, instituti sunt; excepto seruo necessario instituto. Wenn man dieses Gesetz des Justinians mit dem in der Note 1) angeführten des Constantins vergleicht, so sieht man sogleich, daß verschiednes darin abgeändert worden. Denn so braucht Justinian das Wort consanguinei, wo Constantin germani gesagt hatte. Wahrscheinlich bedienten die Verfertiger des Codex sich des Worts germani deswegen nicht, weil sie befürchteten, es möchte zu Mißverstande Anlaß geben, und die Rechtsgelehrten dasselbe in der gewöhnlichen Bedeutung verstehen, so daß sie deswegen behaupteten, die consanguinei brauchten

inofficiosi actione proposita praeualeant in omnibus occupandis facultatibus defuncti, quas ille perperam ad libertos voluerat pertinere.

brauchten auch nicht eingesetzt zu werden, sondern es sey schon genug, wenn nur die vollbürtigen Geschwister (germani) den Pflichttheil bekommen hätten. Durch diese Verbesserung begiengen sie aber einen andern Fehler, indem sie das Wort germani wegließen, da sie doch bloß den Ausdruck consanguinei, der vom Kayser Constantin nicht mit gebraucht worden war, damit verbinden sollen. Denn wie das Gesetz jetzt lautete, hätte man denken sollen, bloß die Geschwister die einen Vater aber verschiedne Mütter hätten, wären berechtigt, von einander den Pflichttheil zu fordern y). Eine andere Abänderung der Verfasser des Justinianischen Codex bestand darin, daß sie zu den Worten des Constantins durante agnatione die zwey Wörter vel non dazu setzten. Was sie dazu bewogen habe, läßt sich nicht ganz gewiß bestimmen. Die größten Rechtslehrer z) führen verschiedne Ursachen an; z. E. es sey deswegen geschehen, weil der Kayser Anastasius im L. 4. C. de legit. tut. den Unterschied zwischen emancipirten Kindern, und solchen die noch der väterlichen Gewalt unterworfen waren, aufgehoben gehabt. Drittens führt Constantin nur zwey Classen von Menschen an, welche nicht zu Erben sollen eingesetzt werden dürfen, wenn der Erblasser entweder noch vollbürtige Geschwister hat, oder doch wenigstens solche, mit denen er einen Vater hat, nämlich: 1) *turpes* oder infames, und 2) *leui nota* laborantes. Hieraus sieht man, daß die Ausdrücke *infamia* adsperli, und *turpitudine* adsperli, in dem angeführten L. 27. nicht zweyer-

y) Höpfners Comment. über die Instit. S. 410. MAREKART Interpr. lib. 1. c. 14

z) Der Herr Domherr Püttmann de querel. inoff. test. c. 1. §. 5. S. 12. in den Opusc.

zweyerley Personen anzeigen sollen [a]). Viertens verordnete Constantin, daß die angeführten Geschwister gegen einen Freygelassenen sollen klagen können, wenn er zum Erben eingesetzt worden, und ihnen hat der verstorbene Bruder nichts hinterlassen. Justinian schränkte dieses insoferne ein, daß er erlaubte, wenn der Freygelassene seinem Patron große Wohlthaten erzeigt habe, so könne er mit Ausschliessung der Geschwister zum Erben eingesetzt werden. Daraus folgt, wenn der Patron von dem Freygelassenen schlecht behandelt worden, oder er hat ihm doch wenigstens keine Wohlthaten erzeigt, so darf er nicht zum Erben eingesetzt werden, mit Ausschließung der Geschwister [b]). Nach der Meynung der größten Rechtslehrer komten also solche Geschwister, welche zwar eine und eben dieselbe Mutter, aber verschiedne Väter hatten (vterini), wie man aus dem S. 464 angeführten L. 27. C. de inoff. test. sieht, sich nicht darüber beschweren, wenn sie von ihren Stiefgeschwistern nichts im Testament erhielten. Nun ist aber eine andere äußerst bestrittene Frage, worüber sich die Rechtslehrer in zwey Partheyen theilen, ob das 27 Gesetz nicht selbst vom Kayser Justinian in der 118 Nov. Cap. 4. wieder abgeändert worden sey. Die in der Note r) angeführten Rechtslehrer behaupten es, und führen zur Ursache an, weil der Grund oder die Raison des L. 27. wegfalle, so könne auch das Gesetz selbst nicht weiter gelten (Handb. 1 Th. S. 92). Denn die Ursache, warum die vterini in dem L. 27. ausgeschlossen worden, sey einzig

a) Der Herr geheime Justizrath Böhmer de querela inoff. donat. §. 12.

b) Der Herr Domherr Püttmann in den Interpr. et Obseruat. c. 29.

einzig und allein diese gewesen, weil sie damals nicht mit unter die Agnaten gehöret, so hätten sie auch nicht ab intestato erben können. Nachdem aber Justinian in der 118 Novelle den Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten (Handb. 3 Th. S. 83) in Rücksicht auf die Intestaterbfolge aufgehoben, so hätten die vterini dadurch eben sowohl ein Recht zur Intestaterbfolge bekommen, und deswegen wären sie von dieser Zeit an, auch berechtigt, ein Testament anzufechten, worin sie von ihren Geschwistern ausgeschlossen worden c). Halbgeschwister von der Mutter her erhielten sonst keinen Pflichttheil, schreibt Hr. Prof. Westphal, weil sie kein Recht zur Intestaterbfolge hatten. Da sich aber dieses durch die Nov. 118 geändert hat, und die vterini darin mit den consanguineis gleiche Rechte zur Intestaterbfolge bekommen haben, so sind sie dadurch zugleich berechtigt worden, den Pflichttheil eben so wohl zu fordern, wie die consanguinei. Darauf antworten aber die in der Note q) angeführten Gegner folgendes. Erstlich gilt der Schluß nicht, wer ein Recht zur Intestaterbfolge hat, muß auch den Pflichttheil bekommen, denn Intestaterbfolge und der Pflichttheil sind verschiedne Dinge, wobey verschiedne von einander abweichende Grundsätze eintreten. Es erben sehr viele Anverwandte alsdenn mit, wenn die Intestaterbfolge eintritt, denen der Verstorbene gar keinen Pflichttheil zu hinterlassen brauchte, wenn er ein Testament machen wollen. Zweytens erbten die vterini nach Verordnung des L. 14. C. de legit. hered. schon damals ab intestato, als der L. 27. C. de inoff. test. in den Justinianeischen Codex mit aufgenommen

c) Herr Prof. Westphal von Testamenten S. 267. Höpfners Commentar über die Justit. S. 410.

wurde, und doch schloß sie dieses Gesetz von der Klage wegen eines vorhandenen pflichtwidrigen Testaments aus. Diese zwey Beweisgründe suchen die Gegner durch folgende Antworten zu entkräften [d]). Sie sagen nämlich, was die erste Behauptung anbetreffe, so sey unleugbar, wenn Jemand zeither bloß deswegen vom Pflichttheile ausgeschlossen worden, weil er nicht mit erbte, wenn der Verstorbene kein Testament gemacht hat, nachher bekommt er aber dieses Recht, so erlangte er damit zugleich auch ein Recht auf den Pflichttheil. Das andere Argument widerlegen sie durch die Behauptung: in dem L. 14. C. de legit. hered. sey es den vterinis bloß als eine besondere Wohlthat und Ausnahme von der Regel zugestanden worden, daß sie unter allen weiblichen Anverwandten ganz allein zur Intestaterbfolge gelassen werden sollten, und deswegen konnte man ihnen damals freylich nicht auch schon die Klagen wegen eines pflichtwidrigen Testaments zugestehen, da Rechtswohlthaten und Ausnahmen, ihrer Natur nach nicht ausgedehnt werden dürfen. Nachdem sie aber in der 118 Novelle allen weiblichen Anverwandten gleich gemacht, und sie in derselben schlechterdings zur Intestaterbfolge berechtigt erklärt worden, so sey weiter gar kein Grund vorhanden, warum sie nicht eben so gut, wie die germani und consanguinei die Querel sollten anstellen können. Eben diese Rechtslehrer wenden auch noch folgendes ein: Tribonian habe im Jahr 528 die Gesetze Constantins in den ersten Justinianischen Coder mit aufgenommen, und nachher, nämlich im Jahr 532 sey erst der l. 14. C. de legit. hered. gegeben worden. Dieser hätte aber im Jahr 534,

d) Der Herr geheime Tribunalrath Höpfner über die Instit. S. 410.

534, wo die zweyte Ausgabe des Justinianischen Codex besorgt wurde, wieder ausgelassen werden sollen, weil er jetzt nicht mehr passend war; und das sey aus Versehen nicht geschehen. Wer diese Gegengründe recht genau prüft, wird finden, daß sie nicht hinreichend sind, die Behauptung derjenigen Rechtslehrer gehörig zu bestreiten, welche behaupten, die vterini dürften die Querel wegen des pflichtwidrigen Testaments nicht anstellen. Die Gegner schliessen nur immer von der Intestaterbfolge auf das Recht den Pflichttheil fordern zu können, und diese Rechte müssen doch nach ganz verschiednen Grundsätzen beurtheilt werden [e]). Da Geschwister nicht eher den Pflichttheil zu fordern berechtigt sind, als wenn ihr Bruder oder Schwester eine schändliche Person zu Erben eingesetzt, und gleichwohl ihnen gar nichts hinterlassen hat, so muß ich noch etwas darüber sagen, wer nach dem römischen Rechte für eine dergleichen Person erklärt worden. Die Rechtslehrer [f]) sagen: die im L. 1 und 3. Cod. Theod. und L. 27. Cod. Iust. de inoff. testam. gebrauchten Worte zeigen eine Person an, die entweder würklich ehrlos, oder doch wenigstens ein zu schlechter und unanständiger Erbe ist. Theophilus und Harmenopulus [g]) führen die aurigas, mimos, arenarios, turpique consuetudine cognitos als solche schändliche Personen an. Der alte Erklärer des L. 1. C. Theod. de inoff. test. nennt öffentliche Huren, natürliche Kin-

e) VOET ad Pand. tit. de inoff. test. n. 11. Tom. 1. S. 290. Edit. Colon. WESTENBERG Diss III. de port. leg. §. 3. P. MÜLLER de debito bonor. subsidiario.

f) Herr Prof. Westphal von Testamenten S. 268.

g) THEOPHILVS lib. II. tit. 18. HARMENOP. Lib. 5. tit. 6. §. 2.

der, und thymelicos, eine Art Gaukler. Die Basilica erwähnt als solche, gegen welche die Querel wegen eines pflichtwidrigen Testaments statt finde, 1) alle ehrlose, 2) solche Personen, welche infamiam facti haben, 3) Freygelassene, sie müßten denn ihrem Patron große Wohlthaten erwiesen haben, 4) Sclaven, ausgenommen alsdenn, wenn sie der Herr zu Notherben eingesetzt, weil er so viel Schulden hatte, daß sein Vermögen nicht zureicht. Heutzutage sagt man überhaupt [h]) wenn Geschwister eine unehrliche, schändliche, oder anrüchtige Person zu ihren Erben eingesetzt, und den Geschwistern nichts hinterlassen haben, so ist das Testament pflichtwidrig. Was darunter für Personen zu verstehen sind, ist im 2 Th. dieses Handb. S. 100 u. f. gesagt worden. Nachdem ich gezeigt habe, was für Personen unter die nothwendigen Erben gehören, so muß gesagt werden, was das römische Recht verordnet hat, wie die würkliche Erbeseinsetzung dieser nothwendigen Erben geschehen muß. Hier kommen die größten Subtilitäten vor. Die Römer verlangten nämlich von einem Erblasser der Notherben hatte, daß er dieselben mit gewissen hergebrachten Worten zu Erben erklärte, oder sie auf die gehörige Art enterbte, wenn sein Testament bey Kräften bleiben sollte. Dadurch sind nach und nach die Ausdrücke, Erbeseinsetzung der nothwendigen Erben (institutio), Enterbung und Uebergehung (praeteritio) entstanden [i]). Unter der Einsetzung verstand man die ausdrückliche Erklärung, daß sie Erben seyn sollten; Enterbung war die ausdrückliche Erklärung, daß sie nicht Erbe seyn sollten; eine

h) Herr Hofrath Claproth von Testamenten S. 186.

i) WAHL de iusta liberos hered. instit. forma. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 145.

eine Uebergehung der nothwendigen Erben nennte man es, wenn sie weder ausdrücklich zu Erben eingesetzt, noch auch enterbt waren. Nach dem alten römischen Rechte war es nicht bestimmt, mit was für Ausdrücken der Erblasser seinen Notherben den Pflichttheil zu hinterlassen schuldig sey; sondern es war gleichgültig, unter welchem Rechtstitel Jemand den Pflichttheil bekam k). Es durfte sich daher Niemand beschweren, wenn er denselben auch nur, als ein Vermächtniß, Fideicommiß, vermittelst des Brautschatzes, des Gegenvermächtnisses, oder als eine Schenkung auf den Todesfall erhielt l). Der Kayser Justinian änderte diese Freyheit des Erblassers, wie er seinen Notherben ihren Pflichttheil hinterlassen wollte, wie wir aus seiner 115 Nov. Cap. 3 und 5 sehen m). Es läßt sich nämlich nach dieser Verordnung behaupten, wenn man den Kindern oder Eltern zwar den Pflichttheil hinterläßt, aber ohne sie zu Erben einzusetzen, sondern man erklärt vielmehr in seinem Testament, daß sie nicht Erbe seyn sollen, z. B. ich sage: meine Tochter soll meine einzige und Universalerbin seyn, mein Sohn soll nichts, als den Pflicht-

k) Höpfners Comment. über die Instit. S. 407.

l) §. vlt. Inst. L. 8. §. 6. D. L. 29. C. de inoff. test. L. 17. C. de collat.

m) Nov. 115. c. 3. — Sancimus, non licere penitus patri vel matri etc. suum filium vel filiam praeterire aut exheredare testamento; nec si per *quamlibet donationem*, vel *legatum*, vel *fideicommissum*, vel *alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem*, nisi probabuntur ingrati. c. 5. — si qui (parentes aut liberi) heredes fuerint nominati, etiamsi certis rebus iussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solui praecipimus; quidquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri.

theil haben: so kann das Testament als ungültig bestritten werden. Es hätte heißen müssen, und meinen Sohn setze ich nur in seinen Pflichttheile zu meinem Erben ein. Jedoch würde das wohl nichts schaden, wenn der Testator sagte: ich vermache meinem Sohne (meinen Eltern) den Pflichttheil, oder mein Sohn soll den Pflichttheil haben, weil wir es mit den Worten nicht mehr so genau nehmen (S. 409). Nur darf schlechterdings nicht dabey erklärt werden, daß das Kind, oder die Eltern enterbt, nicht Erbe seyn sollen [n]). Weil die Kinder die ersten sind, welche den Pflichttheil bekommen müssen, so ist von deren Erbeseinsetzung, Enterbung oder Uebergehung zuerst zu reden. Bey den Kindern machte man bey den Römern anfangs einen Unterschied, ob der Vater, oder die Mutter, oder die väterlichen männlichen Ascendenten, oder die väterlichen weiblichen, oder die mütterlichen Ascendenten das Testament gemacht hatten. Wenn der Vater entweder selbst, oder die väterlichen männlichen Ascendenten das Testament errichtet hatten, so mußte ein Unterschied gemacht werden, zwischen Söhnen und Töchtern, und zwischen Kindern und Enkeln u. s. f. Ferner war darauf zu sehen, ob die Descendenten noch unter der väterlichen Gewalt der Ascendenten standen, oder ob sie bereits aus der väterlichen Gewalt frey gelassen worden. Und so war auch eine große Verschiedenheit zwischen schon gebohrnen Kindern, und solchen, welche erst gebohren werden konnten [o]). Alle unter der väterlichen Gewalt stehende Kinder, durften seit

der

n) de Pufendorf Obs. Tom. IV. Obs. 45. S. 86 Hommel Rhaps. 547. Vol. IV. S. 204. edit. nou. de An. 1783. Leyser Spec. 356. m. 1. 2.

o) Herr Prof. Westphal von Testament. S. 121.

der Zeit, da der Pflichttheil eingeführt worden, schlechterdings nicht übergangen werden, oder das Testament war null und nichtig p). Konnten dieselben enterbt werden, so mußte die Enterbung namentlich, das heißt, speciell und individuell, und schlechterdings nicht im allgemeinen Begriffe, unter mehrern Personen geschehen (inter caeteros), oder die Enterbung und das ganze Testament galt nicht. Der Kayser August führte zwar hierbey einen Unterschied ein, ob der Sohn sich in Kriegsdiensten befand, oder nicht. Jene sollten gar nicht enterbt werden können, wohl aber diese. Man hob aber diesen Unterschied wieder auf q). Weil die Uebergehung des Sohnes, der noch in der väterlichen Gewalt war, eine Ungültigkeit des Testaments verursachte, so war es, als ob der Vater ohne Testament gestorben wäre r). Die Enterbung der Töchter und Enkel war darin von der der Söhne unterschieden, daß sie unter den übrigen (inter caeteros) geschehen konnte, und die Uebergehung der Töchter machte keine Nichtigkeit des Testaments, sondern wenn solche geschehen war, so erbten die Töchter mit den übrigen Erben eben so gut, als wenn sie zu Erben ernannt worden wären s). Eben dieses galt von Enkeln, die unter des Erblassers väterlichen Gewalt standen, sie mochten männlichen oder weiblichen Geschlechts seyn t). Nur muß bey Enkeln, wenn in Ansehung ihrer der Großvater eingeschränkt seyn soll, der Sohn, als ihr Vater,

p) L. 30. D. de lib. et post. VLPIAN. fr. XXII. 16. CAII Inst. II. 3. pr.

q) L. 26 D. de lib. et postum.

r) L. 32. D. de lib. et post.

s) pr. Inst. de exhered liber.

t) RICHERZ Qu. circa test. aui mat. nep. ex def. filia sup. eorund. patr. instit.

bereits gestorben seyn, oder noch beym Leben des Testators sterben, so daß sie nun an dessen Stelle treten. Lebt der Sohn noch, überlebt auch den Testator, so ist in diesem Falle der Enkel wie eine fremde Person zu betrachten, der nach Belieben übergangen werden kann u). Bey den noch nicht gebohrnen Kindern war wieder etwas anders eingeführt, als bey den schon gebohrnen. Solche Kinder die erst nach des Erblassers Tode gebohren worden sind, heißen überhaupt Nachgebohrne (postumi). Man mußte sie zum voraus entweder einsetzen, oder enterben, hatte man sie aber übergangen, so wurde das Testament ungültig, so bald sie zur Welt kamen x). Der Geburt eines Kindes nach verfertigten Testament beym Leben des Vaters und Erblassers, war der Fall gleich, da dieser nach gemachtem Testament über ein Kind erst die väterliche Gewalt erhielt, welche er zur Zeit des gemachten Testaments noch nicht gehabt hatte. Dergleichen Fälle traten ein, wenn ein Kind in der Folge adoptirt wurde, wenn der Soldat über sein Kind, das noch, wie er selbst, unter des Vaters, so für sich unter des Großvaters Gewalt stand, in der Folge die väterliche Gewalt dadurch erhielt, daß dessen Großvater, sein, des Testators Vater, starb. In diesem letzten Falle sowohl, als im erstern, war bey der Erbeseinsetzung ein Fehler begangen worden, wofern eines solchen Kindes, unter diesen Umständen im Testament nicht zum Voraus gedacht, sondern dasselbe übergangen worden war y). War es jedoch erwähnt und eingesetzt, aber nicht als Kind, sondern

u) L. 9. §. 2. D. de lib. et post.

x) DÖRING de iurib. quae nascitur. et post. intuitu succ. compet.

y) Hr. Prof. Westphal von Testam. S. 332.

sondern als eine fremde Person, und ohne an den Fall, wenn der Erblasser etwa in der Folge vielleicht die väterliche Gewalt darüber bekäme, zu denken, so blieb das Testament gültig, wenn auch hernachmals würklich die nicht erwähnte Veränderung sich zutrug. Es war schon genug, daß die Erbeseinsetzung des Kindes geschehen war z). Mit den Kindern die bey dem Leben des Testators, aber erst nach seinem errichteten Testamente gebohren worden, haben nach dem Testament an Kindesstatt angenommenen gleiche Rechte. Dergleichen Söhne machten ebenfalls ein Testament ungültig, wenn sie nicht zum Erben eingesetzt worden, nur mußte die Adoption die Rechte der väterlichen Gewalt, oder wenigstens ein Erbrecht zuwege gebracht haben (Handb. 3. Th. S. 542). Waren sie jedoch in dem väterlichen Testament wenigstens als Fremde zu Erben eingesetzt, so bestand die Erbeseinsetzung, wenn auch die Adoption erst nach dem Testament erfolgte a). Sie wurden nun als solche Kinder angesehen, die erst nach dem Testamente gebohren worden, welche entweder eingesetzt, oder enterbt seyn mußten. Nun waren sie eingesetzt, obgleich nicht als Kinder, sondern als Fremde. Dieses war aber jetzt schon hinlänglich. Nachgebohrne Kinder konnten nach dem alten römischen Rechte sogar enterbt werden, nur mußte dieses eben auf die Weise geschehen, wie es bey den schon gebohrnen Kindern vorgeschrieben war. Die Söhne mußten nämlich namentlich enterbt worden seyn, hingegen bey Töchtern und Enkeln war die Enterbung unter den übrigen schon hinreichend. Waren sie völlig

z) L. 28. §. 1. D. de lib. et post. hered. inst.

a) L. 23. pr. D. de lib. et post. L. 18. D. de iniusto rupto irrito test.

völlig übergangen, so machten sie das Testament durch ihre Geburt ungültig; und es trat nun die Intestaterbfolge ein [b]). Gesetzt der Vater hatte einen Sohn am Leben, und diesen setzte er zum Erben ein. Nach der Zeit bekommt er noch einen Sohn, dieser ist aber in dem Testament nicht zum Erben eingesetzt. Nun stirbt der eingesetzte Sohn. Dadurch wird das Testament ungültig, denn es fehlt an einem Erben da der Nachgebohrne nicht eingesetzt ist, und nun wird der Erblasser so beerbt, als wäre er gestorben, ohne ein Testament gemacht zu haben. Jeder Erblasser, wenn er nur kein Castrat ist, wenn er auch übrigens zum Kinderzeugen unfähig seyn sollte, denn dieser kann ja durch die Annehmung an Kindesstatt Nachgebohrne bekommen, ist berechtigt seine Nachgebohrne zum Erben einzusetzen [c]). Das römische Recht erlaubte sogar einem Hermaphroditen, wenn der Erblasser dem überlegenen Geschlecht nach, nur mehr zu dem männlichen als weiblichen Geschlechte gehörte, seine nachgebohrnen Notherben zu Erben zu ernennen [d]). Es war sogar erlaubt, eine Person in seinem Testament zu nennen, die man noch nicht geheyrathet hatte, die man aber doch zu heyrathen gedachte, und deswegen konnte man die von ihr gezeugten Kinder zu seinen Erben einsetzen [e]). Hatte man aber einen Nachgebohrnen zu Erben eingesetzt, der mit einer Person gezeugt werden sollte, die man niemals heyrathen durfte, so galt diese Erbeseinsetzung

b) L. 16. D. de lib. et post.

c) L. 6. pr. D. de lib. et post. §. 1. eod.

d) L. 6. §. 2. D. de lib. et post. — Hermaphroditus plane, si in eo virilia praevalebunt, postumum heredem instituere poterit.

e) L. 27. D. de post et hered. — Postumum ex qualibet vidua natum sibi filium, heredem instituere potest.

setzung nicht; und so erklärten die Römer auch das für unanständig, wenn man seinen Nachgebohrnen von einer Frau, die jetzt noch einen Mann hatte, zum Erben eingesetzt hatte [f]). Weil durch die Nachgebohrnen (postumi) die Testamente ungültig gemacht wurden, wenn sie nicht zu Erben eingesetzt, oder enterbt waren; ein Erblasser aber oft auf eine sehr unerwartete und verschiedene Weise einen nachgebohrnen Notherben bekommen konnte, so war es die größte Kunst, sein Testament in Rücksicht auf die Erbeseinsetzung so abzufassen, daß von dieser Seite keine Ungültigkeit des Testaments zu befürchten war. Die römis. Rechtsgelehrten dachten daher beständig über die möglichen Fälle nach, wo Jemand nach verfertigtem Testament einen Notherben bekommen könnte, und erfanden eigne Formeln, wie diese Nachgebohrnen zu Erben eingesetzt werden müßten, damit das Testament nicht ungültig werde, wenn auch nachher ein Nachgebohrner würklich vorhanden war. Diese verschiedenen Fälle, wo Jemand Nachgebohrne bekommen kann, sind zum Unterschiede von andern, entweder nach dem Juristen, der den Fall bestimmt hat, oder nach dem Gesetze, welches etwas darüber festgesetzt, benennt worden, und daher haben wir die Aquilianischen Postumos, die Cornelianischen, Salvianischen, Vellejanischen u. s. f. [g]). Ehe ich die einzelnen Nachgebohrnen durchgehe, bemerke man folgendes. Nach dem ältesten römischen Rechte konnte gar kein postumus zu Erben eingesetzt werden, sondern sie erbten bloß alsdann, wenn der Erblasser ohne

f) L. 9. §. 1. et 3. D. de lib. et post.

g) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 147. Herr Prof. Westphal von Test. S. 358. Höpfners Comment. über die Instit. S. 423.

ohne Testament gestorben war. Was die Ursache davon gewesen, darüber streiten die Rechtslehrer [h]). Wahrscheinlicher Weise gieng es deswegen nicht an, weil überhaupt keine unbestimmten Personen (personae incertae) zu Erben eingesetzt werden durften, da sie die Erbschaft nicht antreten konnten, weil dieses eine feyerliche Handlung war (S. 390). Gleichwohl machte jeder Nachgebohrne (postumus suus) er mochte eingesetzt, oder enterbt, oder übergangen seyn, das Testament ungültig, wie wir in der Folge bey der Lehre von ungültigen Testamenten hören werden. Diesen Nachtheil suchte man endlich dadurch abzuwenden, daß durch die Praxis und eigne Gesetze eingeführt wurde, daß jeder sogenannte postumus suus sollte eingesetzt werden können. Zur Erläuterung dieses Ausdrucks bemerke ich folgendes. Die Römer machten einen Unterschied zwischen einem solchen Erben, der zur Zeit des Todes des Erblassers, der väterlichen Gewalt desselben unterworfen, und dabey zugleich sein nächster Erbe war, und unter andern Erben, die nicht in des Erblassers väterlichen Gewalt standen. Jenen nennte man mit einem eignen Ausdrucke, suus heres [i]), wozu wir in der teutschen Sprache kein Wort haben; diesen aber heres extraneus. Die weitläuftigere Erläuterung dieser Begriffe wird bey der Materie von den Rechten und Verbindlichkeiten der Erben vorkommen. Suus postumus hieß nun 1) derjenige, welcher erst nach dem Tode des Erblassers gebohren worden, und der, wenn er beym Leben des Testators schon gebohren worden, ein suus heres desselben gewesen seyn würde. 2) hieß auch ein

h) FINESTRES ad tit. de lib. et post. S. 188. SCHROEDER Obs. Iur. civ. lib. I. c. 7.

i) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 32.

ein solcher suus postumus, welcher erst der väterlichen Gewalt des Erblassers unterworfen worden, nachdem er bereits sein Testament gemacht, ob er gleich noch nicht gestorben war; der aber doch nach dem Tode desselben ebenfalls ein suus heres wurde. Jeder Nachgebohrne, bey welchem diese zweyerley Umstände nicht eintraten, wurde postumus alienus genannt. Man theilt die Nachgebohrnen in natürliche und bürgerliche ein. Ein natürlicher Nachgebohrner (postumus naturalis) ist derjenige, welcher es durch die würkliche Geburt wird. Wenn aber Jemand durch die Annehmung an Kindesstatt, oder bloß durch andere Umstände ein Nachgebohrner wird, so nennen ihn die Rechtslehrer einen bürgerlichen Nachgebohrnen (postumus ciuilis). Nach dem römischen Rechte konnte der Testator auf sehr viele Arten Nachgebohrne bekommen, und daher behaupten einige Rechtslehrer, es habe neunerley Nachgebohrne gegeben, andere wollen gar eilf Fälle herausbringen, wo der Testator einen Nachgebohrnen bekommen konnte [k]). Der merkwürdigste unter diesen Nachgebohrnen ist der Aquilianische postumus. Anfangs beschäftigten sich die römis. Rechtsgelehrten nur mit solchen Nachgebohrnen, die unmittelbare Erben des Testators gewesen seyn würden, wenn sie zur Zeit des Testaments gebohren gewesen wären, die aber erst nach dem Tode des Erblassers auf die Welt kamen. Solche Personen, welche zur Zeit des errichteten Testaments nicht die nächsten Erben gewesen seyn würden, wenn sie damals schon gelebt hätten, konnte man damals noch nicht zu seinen Erben einsetzen, auch

als-

k) COMMENTATORES ad L. 29. Gallus D. de lib. et post. Salamonius, Taurellius, Iouianus, Perrot. Fannius, Sarmiento, Melchior de Valenzia, Ramos.

alsdann nicht, wenn der ihnen vorgehende Suus von dem Testator erben sollte. Ohne Bedingung sie einzusetzen, gieng auch nicht, weil sie für jetzt noch keine Ungültigkeit des Testaments verursachten, und für postumi alieni gehalten wurden, diese aber nach dem strengen Rechte nicht einmal zu Erben eingesetzt werden durften. Unter einer Bedingung sie einzusetzen, wollte man auch nicht für zu Recht beständig halten. Endlich brachte es der Jurist Aquilius Gallus durch sein großes Ansehen dahin, daß man Nachgebohrne dieser Art unter einer Bedingung einzusetzen anfieng [1]). C. Aquilius Gallus war ein Zeitgenosse des Cicero, und ist durch die Aquilianische Stipulation, und die Formeln dem Betrug vorzubeugen, (formula doli mali) berühmt. Er soll viel geschrieben haben, wovon aber weiter nichts als kleine Stellen auf uns gekommen. Von dieser Zeit an, wurde die bedingte Erbeseinsetzung der Nachgebohrnen gegen das alte Recht eingeführt. Gallus mußte solche Umstände annehmen, daß der postumus alienus ein suus wurde; und dieses geschahe dadurch, daß er die Erbeseinsetzung auf den Fall einrichtete, wenn entweder nach dem Tode des Sohnes vom Erblasser noch ein suus heres gebohren werden sollte, oder nach dem Tode des Erblassers selbst. Seine Formul gieng eigentlich nur auf Enkel, und die Fälle, da deren Vater gestorben war. Nachher

l) L. 29. D. de lib. et post. — Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit, *si filius meus viuo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, siue quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunto.* §. 1. Quidam recte admittendum credunt, etiamsi non exprimat de morte filii, sed simpliciter instituat: vt eo casu valeat, qui ex verbis concipi potlit.

her dehnte man sie aber auch auf alle entferntere Descendenten aus, und überhaupt auf die sämmtlichen Fälle, wie sonst deren Ascendent von der väterlichen Gewalt frey werden konnte. Uebrigens ist es eine bloße Subtilität, wenn man zu der Aquilischen Formel keine Erbeseinsetzung, sondern nur eine Substitution für anwendbar hält; weil in Gesetzen die Substitution ausdrücklich genennt wird [m]). Und so ist es auch nicht schlechterdings nöthig, die Bedingung, wenn der Sohn vor dem Vater sterben sollte, ausdrücklich anzuführen, sondern sie versteht sich von selbst dadurch, weil der Enkel, wenn er erst nach des Testators Tode gebohren werden sollte, zum Erben ernannt worden. Eben dieses gilt auch von allen übrigen Fällen, wodurch der Sohn aufhören kann, suus heres zu seyn, und um welches Umstandes willen der Enkel nun heraustritt [n]). Die Fälle, wenn der Enkel erst nach dem Tode des Testators gebohren worden, gehörten nicht unter die Verordnung des Velleischen Gesetzes, wovon ich gleich reden werde. Nicht nur der Enkel sondern auch der Urenkel, können vermittelst der Aquilischen Formel zum Erben ernennt werden, welches alsdenn geschieht, daß man auf den Fall, wenn der Enkel ebenfalls gestorben seyn sollte, den Urenkel zum Erben einsetzt [o]). Lebt der Sohn noch, der Enkel ist aber bereits verstorben, so braucht die Formel nur auf den Urenkel gerichtet zu werden. Eben dieses ist zu behaupten, wenn

m) Herr Prof. Westphal von Testament. S. 361. FABER Coni. IX. 1. 2.

n) L. 29. §. 6. D de lib. et post.

o) L. 29. §. 2. D. de lib. et post. — Idem credendum est, Gallum existimasse et de *pronepote*; vt dicat testator: si me viuo nepos decedat, tunc qui ex eo pronepos, et caetera.

wenn sowohl der Sohn, als der Enkel noch leben, und der Sohn zum Erben eingesetzt ist, hierauf stirbt der Enkel vor dem Sohne, nachher aber auch dieser; und nun wird erst der Urenkel gebohren. Der Tod des Enkels muß deswegen vor dem Tode des Sohnes erfolgt seyn, damit durch dessen Daseyn, wegen der Uebergehung das Testament nicht gebrochen werde p). Es war möglich, daß der Nachgebohrne, an welchen der Erblasser dachte, als er sein Testament machte, und den er, auf den Fall, wenn er würklich nach seinem Tode gebohren werden sollte, zu seinem Erben einsetzte, noch bey dem Leben des Erblassers wieder verstarb, und gleichwohl blieb das Testament gültig, weil die Aquilische Formel auf diesen Fall gebraucht worden q). Zur Erläuterung dieser Behauptung muß man folgenden Fall annehmen. Gesetzt, es hat Jemand im Testament seinen Sohn, und auf den Fall, daß dieser vor ihm verstärben würde, und nach des Testators Tode ein Enkel gebohren werden sollte, den Enkel zum Erben eingesetzt. Nun wird der Enkel würklich gebohren, und zwar noch beym Leben des Erblassers. Er stirbt aber wieder, noch vor seinem Vater, als der Großvater noch lebte. Nachher wird die Frau des Sohnes aufs neue schwanger, worauf der Sohn selbst mit Tode abgeht, und

p) L. 29. §. 3. et 4. D. de lib. et post.

q) L. 29. §. 8. D. de lib. et post. — Forsitan addubitet quis, an istis casibus, si nepos post testamentum nascatur, viuo patre suo, deinde ex eo concipiatur isque viuo patre, deinde auo, nascatur? an non potuerit heres institui, quia pater ipsius non recte institutus esset. *Quod minime est* expauescendum. His enim suus heres nascitur, et post mortem nascitur. §. 9. eod. Ergo et si pronepos admittetur: qui natus erit ex nepote, postea viuo filio, atque si ex eo natus esset, adoptatur.

und endlich auch der Erblasser selbst. Nach seinem Tode bringt die schwanger gewesene Wittwe des Sohnes einen Sohn zur Welt, jetzt fragt sich, gilt die vom Großvater geschehene Erbeseinsetzung des Nachgebohrnen, und dieses wird behauptet r). Soviel von den sogenannten Aquilianischen Postumis. Ich komme auf die Velleianischen Nachgebohrnen. Darüber war noch nichts bestimmt gewesen, ob auch solche Nachgebohrne, welche erst nach verfertigtem Testament, aber noch beym Leben des Testators zur Welt gekommen, ebenfalls zu Erben eingesetzt werden müssen. Dieses wurde endlich durch den L. Iuniam Velleiam festgesetzt s). In diesem Gesetze welches im Jahr Christi 10 gegeben wurde, bestimmte man zwey neue Fälle. Erstlich erlaubte man, solche, die nach dem Testamente, beym Leben des Testirers gebohren werden, zu Erben einzusetzen. Zweytens gab man diesen nach dem Testament Gebohrnen die Rechte der Nachgebohrnen, ob sie es gleich würklich nicht waren, denn Nachgebohrne heißen eigentlich nur solche Kinder, die nach dem Tode des Vaters gebohren worden sind. Wer beym Leben des Testierers gebohren wurde, war kein Nachgebohrner. Daß also dessen Uebergehung eine Ungültigkeit des Testaments verursachte; daß ein Enkel, der beym Leben des Testierers nachdem er sein Testament gemacht, gebohren worden, nach einiger Juristen Behauptung, in diesem Testament zum Erben eingesetzt oder namentlich enterbt seyn mußte; daß Enkelinnen, wenn

r) MAIANSIVS ad trig. Ictos. P. 2. S. 96.

s) PERILL. B. de WINCKLER D. de lege Iunia Velleia Lipsi. 1745. TAVRELLIVS ad Leg. Gallus et I. Velleiam Lugd. 1754. in OTTON. Thes. Tom. IV. S. 1603.

sie in diesem Testamente unter den Uebrigen enterbt worden, wenigstens ein Vermächtniß ausgesetzt werden mußte; dieses waren lauter vorher unbekannte Dinge [t]), welche erst durch dieses Gesetz eingeführt wurden. Aber man gieng noch weiter, und führte in demselben die Erbeseinsetzung der Kinder welche sui hießen, unter einer beygefügten möglichen Bedingung ein. Es konnte freylich geschehen, daß der Sohn des Testierers, der bey Errichtung des Testaments noch lebte, nachher erst starb, und nach dessen Tode, beym Leben des Großvaters ein Enkel gebohren worden. Dieses Kind unbedingt zum Erben einzusetzen, war eben so wenig erlaubt, als es angieng, einen Aquilianischen Nachgebohrnen ohne Bedingung einzusetzen. Mit einer Bedingung es zu thun, gieng auch nicht wohl. Nun kam das Velleische Gesetz, und erklärte solche, die beym Leben des Testamentserrichters gebohren worden, aber nicht sui waren, für Nachgebohrne, und verstattete zugleich, sie zu Erben einzusetzen. Im ersten Capitel dieses Gesetzes [u]) wurde erlaubt, alsdenn die Enkel dieser Art unter

t) Herr Prof. Westphal von Testamenten. S. 375.

u) L. 29. §. 11. D. de lib. et post. — Nunc de lege Velleia videamus. Voluit viuis nobis natos similiter non rumpere testamentum. §. 12. Et videtur *primum* caput eos spectare, qui, cum nascerentur, sui heredes futuri essent. Et rogo: si filium habeas, et nepotem nondum natum tantum ex eo heredem instituas: filius decedat: mox viuo te, nepos nascatur? ex verbis dicendum est, non rumpi testamentum. Vt non solum illud primo capite notauerit: si *nepos*, qui eo tempore instituatur, quo filius non sit: verum et si viuo patre nascatur. Quid enim necesse est, tempus testamenti faciendi respici? cum satis sit, obseruari id tempus, quo nascitur. Nam etsi ita verba sunt: qui testamentum faci

unter einer Bedingung einzusetzen, wenn nämlich der Sohn stürbe, nach dessen Tode aber ihm beym Leben des Großvaters als Testierers, ein Kind gebohren werden sollte. Ueberdieses handelte das erste Capitel aller Wahrscheinlichkeit nach auch von Kindern des ersten Grades, welche nach errichtetem Testament, beym Leben des Erblassers gebohren werden würden. Das zweyte Kapitel des Velleischen Gesetzes bestimmte folgenden Fall. Wenn der Enkel schon zur Zeit des Testaments gebohren war, der Sohn lebte aber damals noch, so konnte dieser nach dem Testament sterben. Nun wurde der Enkel des Großvaters suus heres. Hier war er aber noch weniger ein Nachgebohrner, als in den Fällen, wovon das erste Capitel handelte. Ohne Bedingung konnte man einen solchen Enkel nicht wohl einsetzen, weil er dadurch die Erbschaft dem Vater erwarb, und nur alsdenn erhielt die unbedingt geschehene Erbeseinsetzung allenfalls eine Gültigkeit, wenn der Sohn in der Folge vor dem Vater verstorben war. Den Enkel ohne Bedingung auf den Fall zum Erben zu ernennen, wenn sein Vater vor ihm beym Leben des Erblassers versterben sollte, war gar nicht erlaubt. Dieses führte nun eben das zweyte Kapitel des Velleischen Gesetzes ein x); und es wurde darin sogar festgesetzt,

faciet, is omnes virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit, et caetera, etiam si (viuente) parente viuo nascantur.

x) L. 29. §. 13. D. de lib. et post. — *Sequenti* parte succedentes in locum liberorum non vult lex rumpere testamentum. Et ita interpretandum est: vt, si filium et nepotem et pronepotem habeas: mortuis vtique pronepos institutus succedens in sui heredis locum, non rumpat. Et bene verba se habent: si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, ad omnes casus pertinentia,

quos

daß die Enkel in diesem Falle die Rechte eines Nachgebohrnen haben sollten, ob sie gleich völlig unterschieden davon waren. Denn zeither hatten sie blos ein Anfallsrecht (ius accrescendi), wenn sie im Testament des Großvaters übergangen worden, wie alle übrigen beym Leben des Erblassers und zur Zeit des Testaments vorhandene Enkel. Nachdem sie aber durch das 2te Cap. des Velleischen Gesetzes für Nachgebohrne gehalten wurden, verursachte ihre Uebergehung eine Ungültigkeit des Testaments. Weder durch die Bemühungen des Aquilius Gallus, noch durch das Velleische Gesetz waren alle Fälle bestimmt worden, welche bey der Erbeseinsetzung in Rücksicht auf die Nachgebohrnen vorkommen konnten. Deswegen wurden nach und nach durch andere Juristen und Gesetze die aufs neue vorgekommenen Fälle bestimmt. So war von den Fällen, worauf man im Velleischen Gesetz Rücksicht genommen, folgender Umstand in etwas verschieden. Gesetzt, zur Zeit des Testaments lebte der Sohn noch, es wurde ihm aber nachher bey seinem Leben ein Kind gebohren, und nun starb der Sohn beym Leben des Testators. Dadurch wurde der Enkel des Großvaters unmittelbarer Erbe. Diesen Fall bestimmte der Jurist Salvius Julianus, nach der Analogie (Handb. 1 Th. S. 98) des 2ten Capitels im Velleischen Gesetz, indem er behauptete, es müsse hier eben das gelten, was im Velleischen Gesetz verordnet worden; und nun nennte man alle dergleichen Nachgebohrne Sal-

quos supplendos in Galli Aquilii sententia diximus. Nec solum si nepos viuo patre decedat, nec succedens pronepos auo mortuo rumpat, sed et si superuixit patri, ac decedat; dummodo heres institutus sit, aut exheredatus.

Salvianische x). Von diesen Nachgebohrnen waren die Cornelianischen unterschieden, zu deren Einführung folgender Umstand Gelegenheit gegeben. Es konnte sich zutragen, daß der Sohn beym Leben des Testators in die Kriegsgefangenschaft gerieth, und darin starb, aber ein Kind hinterließ. Nach Verordnung des Cornelischen Gesetzes (Handb. 1 Th. S. 482) wurde nun angenommen, der Vater seyden Augenblik gestorben, da er gefangen wurde. Deswegen konnte der Enkel bisweilen entweder gar nicht unter die wahren oder bürgerlichen Nachgebohrnen (S. 479.) gerechnet werden; bisweilen aber gehörte er darunter z). Kam der Sohn aus der Kriegsgefangenschaft zurück, und hatte in der Gefangenschaft ein Kind gezeugt, so trat dasselbe eben sowohl als Enkel an seines Vaters Stelle, als wenn es in der Freyheit gezeugt worden wäre, und genoß alle Rechte eines solches Nachgebohrnen a). Wenn die Frage

y) L. 29. §. 15. D. de lib. et post. — Ille casus in difficili est: si filium habeas, et nepotem nondum natum instituas: isque nascatur viuo patre suo, ac mox pater decedat. Non enim suus heres est tempore quo nascatur: nec posteriori alii succedendo prohiberi videtur rumpere, quam qui iam natus erit. Denique et superiore capite: vt liceat instituui nondum natos, qui, cum nascentur, sui erunt, permitti. Posteriore capite non permitti institui, sed vetat rumpi: neue ob eam rem minus ratum esset, quod succedit. Porro procedere debet, vt vtiliter sit institutus, (quod nullo iure potuit) qui nondum natus erat. *Iuliano* tamen videretur duobus quasi capitibus legis commixtis, in hoc quoque inducere legem, ne rumpatur testamentum.

z) Herr Prof. Westphal von Testam. S. 390. L. 29 §. 14 D. de lib. et post. L. 6. §. 1. D. de iniust. rupt

a) L. 6. §. 2. D. de iniusto rupto. — Siue autem in ciuitate nepos sit conceptus, siue apud hostes; quoniam

war, ob die Grundsätze von den Velleischen, oder Aquilianischen, oder Salvianischen Nachgebohrnen bey der Beurtheilung der Gültigkeit der Erbeseinsetzung ihre Anwendung finden sollten, so mußte erst gewiß seyn, der Sohn sey vor dem Vater verstorben, und dadurch sey der Enkel des Testators nächster Erbe geworden. Ueberlebte also der Sohn den Vater, der ein Testament gemacht hatte, so konnte der Enkel nicht als Nachgebohrner eine Ungültigkeit des Testaments verursachen, wenn gleich der Sohn, nachher auch starb, ehe er die Erbschaft angetreten hatte. Wenn man einen Nachgebohrnen, von dem man voraussetzte, sein Vater werde vor dem Erblasser versterben, und welcher des Testators nächster Erbe war, gehörig zum Erben einsetzen wollte, so mußte erst der Vater desselben eingesetzt werden, und sodann der Nachgebohrne. Enterbt durfte der Vater des Nachgebohrnen nicht werden, weil die Enterbung nichtig gewesen seyn würde, und übergangen durfte er als Sohn noch weniger werden, folglich mußte ihn der Vater zum Erben einsetzen [b]). Zur Erbeseinsetzung der Nachgebohrnen erforderte das alte römische Recht schlechterdings, entweder so allgemeine Ausdrücke, daß alle Fälle, wie Jemand einen Nachgebohrnen bekommen konnte, darunter begriffen waren, oder er

mußte

ei datur et partui postliminium: succedendo testamentum rumpit.

b) L. 29. §. 10. D. de lib. et post. — In omnibus his speciebus illud obseruandum est, vt filius duntaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus. Nam frustra exheredabitur post mortem suam. Quod non esse necessario in eo filio, qui apud hostes est, si ibi decedat. Et in nepote certe et pronepote, quorum si liberi heredes instituantur, institutionem nunquam exigemus, quia possunt praeteriri.

mußte alle Arten der Fälle einzeln anführen; denn nach dem alten Rechte durfte ein Fall unter den übrigen nicht mit verstanden werden, und gleichwohl verursachte jede Uebergehung eine Ungültigkeit des Testaments, wenn ein nicht ausdrücklich bestimmter Fall sich in der Folge ereignete c). Durch den L. 6. C. de post. hered. wurde diese ängstliche Subtilität abgeschaft. So viel von den sogenannten Postumis. Es wird diese Materie von den Rechtslehrern mit Recht, für die schwerste in der Lehre von der nothwendigen Erbeseinsetzung, erklärt. Wenn man die Erklärungen der davon handelnden Gesetze liest, welche die berühmtesten Rechtsgelehrten alter und neuer Zeiten hinterlassen haben, so kann man sich des Gedankens nicht erwehren, daß unser Wissen Stückwerk ist. Gleichwohl kann man die Materie von ungültigen Testamenten, wovon ich bald reden werde, ohne diese Dinge schlechterdings nicht verstehen. Außer den Nachgebohrnen, gehören noch viele andere Personen zu den nothwendigen Erben, und von diesen muß ich daher noch eines und das andere anführen d). Nach dem alten römischen Rechte war der Vater nur schuldig, seine unmittelbaren Erben (suos heredes) entweder zum Erben zu ernennen, oder sie zu enterben. Die aus der väterlichen Gewalt frey gegebnen Kinder erbten damals nichts von ihrem Vater, wenn er starb, ohne ein Testament gemacht zu haben; und

c) L. 26. D. de vulg. et pup. subst. — Si pater filium impuberem heredem scripserit; et ei substituerit, si quis post mortem natus erit, deinde viuo fratre postumus natus fuerit; testamentum viuo rumpetur. Post mortem autem fratris viuo patre natus solus patri suo heres existet.

d) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 149. Herr Prof. Westphal von Testament. S. 402.

darauf gründete man den Satz: sie könnten ein Testament nicht anfechten, worin sie gar nicht genannt waren [e]). Aber nach dem Edict des Prätoris wurde es Pflicht, die emancipirten Söhne eben sowohl als die noch in der väterlichen Gewalt stehenden, entweder zum Erben einzusetzen, oder namentlich zu enterben; die Töchter aber konnten überhaupt (inter caeteros) enterbt werden. War dieses nicht geschehen, so gab ihnen der Prätor den Besitz der Güther, weil er annahm, als wären sie gar nicht emancipirt gewesen [f]). An Kindesstatt angenommene Söhne, brauchten von ihrem leiblichen Vater nicht zum Erben eingesetzt zu werden, und mithin konnten sie auch sein Testament nicht anfechten, worin er sie übergangen hatte. Sobald sie aber der Pflegevater aus seiner väterlichen Gewalt wieder losgegeben hatte, so bekamen sie in Rücksicht auf ihren leiblichen Vater eben die Rechte wieder, welche andere emancipirte Kinder zu geniessen hatten, von denen ich eben gesagt habe, daß ihnen der Prätor den Besitz der Güther wider ein Testament gab, worin sie ausgeschlossen worden [g]). Was ich zeither von den Personen unter den Descendenten, denen der Pflichttheil, nach Verordnung des alten römischen Rechts, hinterlassen werden mußte, wenn der Vater ein Testament machen wollte, gesagt habe, wird hinlänglich seyn, einen jeden zu überzeugen, wie subtil und trocken die ganze Materie ist. Da in der Folge noch manches damit in Verbindung stehendes vorkommen wird, so will ich mich nicht länger dabey aufhalten, sondern nunmehr, auf-

ser

e) VLPIAN Fragm. Tit. 22. §. 23. §. 3. Inst. de exher. lib.

f) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 150.

g) §. 4. Inst. de exhered. lib.

ser den bereits S. 471. vorgetragenen, noch etwas von der Art und Weise, wie die Erbeseinsetzung der Notherben in dem Pflichttheile geschehen muß, und was ein Testator zu beobachten hat, wenn er seine Notherben enterben will [h]), anführen. Die Erbeseinsetzung der Notherben in dem Pflichttheile muß in einem würklichen Testamente, und nicht in einem Codicill, oder Schenkungsurkunde auf den Todesfall geschehen. Um ein Testament auch auf den Fall einzurichten, wenn der Erblasser, nach Verfertigung desselben noch Notherben bekommen sollte, so drückt man sich [i]) bey der Erbeseinsetzung ohngefähr folgendergestalt aus: will ich hiermit zu meinen künftigen Erben ernannt und eingesetzt haben, meine drey Kinder, als N. N. N. (S. 197). Wenn mir auch durch göttlichen Segen noch mehrere Kinder gebohren werden sollten, will ich dieselben alle und jede gleichfalls hiermit zu meinen künftigen Erben eingesetzt haben. Sollten aber alle diese Kinder vor mir versterben, und meine lieben Eltern diese ihre Kindeskinder und mich überleben, will ich auch diese, als N. N. und N. N. hiermit zu meinen Erben eingesetzt haben. Sollte ein Kind schon so viel erhalten haben, als sein Pflichttheil beträgt, so heißt es: ich setze zwar meinen Sohn N. in dem ihm gebührenden Pflichttheile zum Erben ein. Weil er aber bey meinem Leben bereits so viel erhalten, als sein Erbtheil beträgt, so soll er mit diesem Vorempfang gänzlich abgefunden seyn. Nach dem alten römischen Rechte konnte die Mutter, und der mütterliche Großvater ihre

h) PERILL. B. I. G. BAVER D. de eo quod iustum est circa formam exheredationis Lipſ. 1756.

i) Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze 2 Th. S. 554.

ihre Kinder oder Enkel mit Stillschweigen übergehen, welches aber Justinian dadurch, daß er den Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten aufgehoben, nicht weiter verstattet hat [k]). Wenn gleich das römische Recht verlangt, daß der Erblasser seinen Notherben namentlich zum Erben einsetzen soll, so ist es doch schon hinreichend, wenn bloß der Vor- oder Zuname angeführt ist [l]). Sollte der Erblasser ein noch im Mutterleibe befindliches Kind zu seinem Erben eingesetzt haben, und dieses kommt nun, ohne daß es der Erblasser wußte, auf die Welt, so bleibt die Erbeseinsetzung bey Kräften [m]). Hat Jemand sein künftiges Kind zum Erben ernannt, hierauf wird er aber von seiner Frau geschieden, und heyrathet eine andere, und nun hinterläßt er sie schwanger, so wird die Einsetzung auf dieses Kind angewendet [n]). Kinder können von ihren Eltern unter keiner andern als unter einer in ihrer Willkühr stehenden Bedingung (conditio potestatiua) zum Erben eingesetzt werden (S. 443). Sollte aber die Bedingung ohne Verschulden des eingesetzten Erben nicht in Erfüllung gehen, so wird er dennoch Erbe, und nun tritt die Intestaterbfolge ein. Jedoch muß dieses nicht auch schon für eine Bedingung gehalten werden, wenn etwas bereits geschehenes, gleichwohl bedingungsweise im Testament angeführt wird [o]). Der Erblasser kann

k) §. vlt. Inst. de exhered. lib. Nov. 18. c. 4. Nov. 115. c. 3.

l) L. 1. D. de lib. et posth. hered. inst.

m) L. 25. D. de lib. et posth. hered. inst.

n) L. 5. D. de lib. et post. hered. inst.

o) L. 4. pr. l. 68. D. de hered. inst. l. 10. pr. D. de cond. inst. l. 83. D. de cond. et demonstr. L. 10. §. 1. eod. L. 4. et §. 1. 2. C. de inst. et substit. L. 5. et fin. D. de cond. et dem.

kann zwar zur Erfüllung einer in den Kräften der Kinder stehenden Bedingung eine Zeit festsetzen; aber deswegen darf man sie dennoch nicht für solche Erben halten, welche mit Beyfügung einer gewissen Zeit, welche einer Bedingung gleich gehalten wird, (S. 450.) eingesetzt sind p). Alsdann können die Kinder sogar auch unter einer solchen Bedingung zu Erben eingesetzt werden, die nicht bloß in ihrer Willkühr steht, wenn die Erfüllung derselben zu ihrem Vortheil gereicht. Z. E. eine Mutter, welche ihrem Ehemanne keine gute Erziehung ihrer Kinder zutraut, kann dieselben unter der Bedingung zu Erben einsetzen, wenn sie der Vater aus der väterlichen Gewalt loslassen wird q). Enkel, welche nach Verordnung des Velleischen Gesetzes zu Erben eingesetzt sind, und daher das Testament nicht ungültig machen, kann der Erblasser ebenfalls unter einer jeden Bedingung zu seinem Erben ernennen r). Der berühmte Anton Faber hat behauptet, es sey nicht genug, die Kinder oder Eltern auf die Art einzusetzen, daß man sie zwar zu seinen Erben aber nur in ihrem Pflichttheile eingesetzt haben wolle; sondern man müsse sie nothwendig auf eine partem quotam zu Erben einsetzen, denn sonst wären sie bloß in re certa eingesetzt, folglich sey ihnen im Grunde nichts als ein Legat hinterlassen, (S. 418.) dieses sey aber nicht erlaubt. Diese Meynung wird von andern Rechtslehrern für ungegründet erklärt s). Da die Gesetze schlechterdings verlangen, daß die Notherben den Pflichttheil bekommen sol-

p) L. 6. pr. D. de hered. inst.

q) L. 25. L. 33. §. 1. C. de inoff. test (III. 28).

r) L. 6. §. 1. D. de hered. inst.

s) FABER Err. Prag. D. 14. E. 6. LEYSER Spec. 56. m. 5. Spec. 361. med. I.

sollen, wenn sie nicht mit Recht enterbt werden können, so haben sie auch alles aus dem Wege zu räumen gesucht, wodurch ein Notherbe mittelbar oder unmittelbar um den ihm gehörenden Pflichttheil kommen könnte. Sie bestimmen ferner, wie die Berechnung und Festsetzung des Vermögens geschehen soll, um herauszubringen, wie viel in jedem besondern Erbschaftsfalle der Pflichttheil aller Notherben beträgt. Es ist bereits S. 368 gesagt worden, daß Justinian verordnet habe, der Pflichttheil solle im 3ten Theile des ganzen Vermögens des Verstorbenen bestehen, er möge nur 1 oder 2, oder 3, oder gar 4 Notherben hinterlassen haben: hingegen solle die Hälfte des ganzen Vermögens des Verstorbenen als Pflichttheil angesehen werden, wenn 5 Notherben und noch mehrere vorhanden sind. Die Rechtslehrer [t]) sind aber darüber nicht einerley Meynung, ob auch alsdenn, wenn nicht die Kinder und Enkel des Verstorbenen den Pflichttheil fordern, sondern die Ascendenten und Geschwister, der dritte Theil oder die Hälfte gefordert werden könne, nachdem wenigstens viere oder fünfe und mehrere den Pflichttheil fordern. Einige behaupten, Justinian habe die Erhöhung desselben bloß zum Besten der Kinder und Enkel vorgenommen, bey den Ascendenten und Geschwistern habe er es aber beym Alten gelassen. Diese Meynung widerlegt aber der Schluß von Justinians Verordnung in der 18 Novelle, wo er sagt: seine Abänderung solle

t) WESTENBERG de legit. Diss. 3. c. 3. GLÜCK D. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate, in Opusc. Fasc. 3. n. 1. STRYCK Caut. test. c. 17. m. 1. §. 23. 25. Gerstlachers Beweiß einer neuen Meynung von richtiger Berechnung des Pflichttheils. Röslins Gedanken von richtiger Berechnung des Pflichttheils.

solle in Rücksicht aller Personen beobachtet werden, welche vor alten Zeiten nur den vierten Theil als Pflichttheil zu fordern berechtigt gewesen (hoc obseruando in *omnibus* personis; in quibus ab initio *antiquae quartae* ratio de inofficioso lege decreta est). Was nun die Festsetzung der Summe des Pflichttheils anbetrift, so kann er nicht anders berechnet werden, als bis alle Schulden von dem ganzen Vermögen abgerechnet worden (Handb. 3. Th. S. 683). Unter die Schulden rechnet man auch die Leichenkosten, und die Römer wollten sogar alle freygelassene Sclaven, wodurch freylich eine Erbschaft gar sehr verringert werden konnte, abgerechnet wissen [u]). Daß der Werth der vom Erblasser freygelassenen Knechte abgerechnet wurde, rührte von dem Abzuge des Falcidischen Viertheils her, wo dieses ebenfalls geschahe, und der Pflichttheil ist eine Nachahmung dieses Viertheils. Bestand eines Vaters Vermögen ganz allein in Sclaven, und diesen hatte er allen die Freyheit geschenkt; so konnte der Pflichttheil vom Sohne gar nicht gefordert werden, und das väterliche Testament war dennoch nicht pflichtwidrig. Nur alsdann konnte gegen das väterliche Testament, als pflichtwidrig geklagt werden, wenn ein emancipirter Sohn zum Erben eingesetzt worden, und dieser schlug die Erbschaft aus. Dadurch kam die Erbschaft auf den Substituten, und gegen diesen fand die Klage wegen eines pflichtwidrigen Testaments statt. Der Sohn konnte auch die Erbschaft nach der

u) PAVL. rec. sent. lib. 4. tit. 5. § 6. — Quartae portionis portio liberis deducto aere alieno et funeris impensa praestanda est, vt ab inofficiosi querela excludantur. Libertates quoque eam portionem minuere placet. L. 8. §. 9. D. de inoff. test.

der gesetzlichen Erbfolge antreten, ohne zu fürchten, daß er in die Strafe falle, die denenjenigen angedroht war, welche zum Nachtheil der Vermächtnisse die gesetzliche Erbfolge wählen. Den Abzug der Schulden von der Verlassenschaft, mußten sich die Notherben deswegen gefallen lassen, weil sie allemal Erben des Verstorbenen blieben, ob sie auch gleich nur den Pflichttheil bekommen, und jeder Erbe verbunden ist, erst die Schulden zu bezahlen, ehe die Frage von der Vertheilung der Erbschaftsmasse seyn kann. Und weil der Pflichttheil für einen würklichen Erbtheil gehalten wird, deswegen muß er eben vermittelst des Titels eines Erben hinterlassen werden, das heißt, der Erblasser muß schlechterdings erklären, daß er seine Notherben zu Erben einsetzen wolle, aber nur im Pflichttheile. Ist das nicht geschehen, so hat das Testament einen Fehler in der Förmlichkeit, und gilt nicht x). Bloß bey Seitenverwandten geht es an, ihnen den Pflichttheil durch einen besondern Titel zu hinterlassen; z. B. der Erblasser kann sagen, meinem Bruder vermache ich den Pflichttheil. Wenn die Frage ist, ob die Notherben würklich soviel bekommen haben, als ihr Pflichttheil beträgt, so müssen sie sich alles anrechnen lassen, was sie bereits beym Leben des Erblassers bekommen haben. Dieses nennt man conferiren, oder einwerfen y). Wie dieses zu verstehen sey, wird bey der Lehre von der Theilung der Erbschaft vorkommen. Es muß aber der Pflichttheil nicht etwa bloß von den Früchten der Erbschaft hinterlassen, und darauf angewiesen werden, sondern von der eigentlichen Erbschaftsmasse. Der Erblasser ist jedoch nicht schuldig den Pflichttheil von seinem sämmt-

x) Novella 115. c. 3. pr. c. 4.
y) L. 25. pr. D. L. 8. C. de inoff. test.

sämmtlichen beweglichen und unbeweglichen Vermögen in Natur zu überlassen, sondern er kann auch eine gewisse Sache, oder ein bestimmtes Capital zur Befriedigung des Pflichttheils anweisen, wenn es nur würklich so viel am Werthe ausmacht, als der Pflichttheil beträgt [z]). Nach dem ältern römischen Rechte wurde der Tochter ihr empfangenes Heyrathsguth nicht mit angerechnet, weil man annahm, daß sie es nicht selbst erhalten habe, sondern ihr Mann [a]). Dieses Vorrecht ist aber nach neuern Gesetzen aufgehoben worden, und nach diesen sind die Töchter schuldig, sich ihren Brautschatz anrechnen zu lassen, so wie auch die Söhne das sogenannte Gegenvermächtniß (donat. propter nuptias) einwerfen müssen [b]). Ferner muß auch alles übrige, was ein Descendent von seinem Ascendenten erhalten hat, es bestehe in einer Erbschaft, oder einem Vermächtniß, Schenkung auf den Todesfall, oder unter den Lebendigen conferirt werden; aber ausser den Fällen, wo die Gesetze ausdrücklich die Einwerfung haben wollen, darf nichts mit eingerechnet werden, wenn es auch gleich bey der Intestaterbfolge conferirt werden müßte; denn man darf von der Einwerfung bey der Intestaterbfolge, nicht auf die Einwerfung bey Berechnung des Pflichttheils schließen [c]). Die genaue Auseinandersetzung der Lehre von der Collation gehört nicht hierher, sondern wird bey der Materie von der Theilung einer Erbschaft vorkommen. Der Erblasser ist schuldig, seinen Notherben ihren Pflichttheil ohne

z) L. 8. §. 9. D. L. 36. C. de inoff. test. Nov. 115. c. 5.

a) Cod. Gregor. lib. 2. tit. 5. const. 1. et 2.

b) L. 29. C. de inoff. test.

c) L. pen. pr. Cod. de collat.

ohne die geringste Verkürzung zu hinterlassen. Daher sind alle Handlungen von seiner Seite, wodurch der Pflichttheil verringert worden ist, ungültig, es mögen Handlungen unter den Lebendigen oder auf den Todesfall seyn. Alle Arten der Veräußerungen unter den Lebendigen, z. B. ein geschlossener Verkauf, eine gemachte Schenkung oder Erbtheilung, ein gegebner Brautschatz u. s. f. sind ungültig. Und eben so ist es auch nicht erlaubt, eine Veräußerung auf den Todesfall zum Nachtheil des Pflichttheils vorzunehmen. Ferner gelten keine Vorausvermächtnisse noch gewöhnliche Legate; und selbst die statutarische Portion und die Gerade wird mit in Rechnung gebracht, wenn die Frage ist, wie viel der Verstorbene hinterlassen hat [d]). Weil der Pflichttheil den Notherben nicht anders entzogen werden kann, als wenn sie auf die gehörige Weise enterbt worden sind, so ist es dem Erblasser auch nicht einmal erlaubt, seine Notherben unter einer Bedingung in ihrem Pflichttheile zum Erben einzusetzen, außer in einigen Fällen, welche S. 492 angeführt worden. Daher sagen die Rechtslehrer, der Pflichttheil leidet weder die Beyfügung einer Bedingung, noch einer Zeit, noch eines Fideicommisses, u. s. f.; die Notherben sind nicht verbunden, sich darnach zu richten, wenn der Erblasser verbothen hat, ein Inventarium seines Vermögens zu verfertigen, oder eine eydliche Specification herauszugeben. Auch können sie die vom Erblasser geschehene Schätzung und Angabe seines Vermögens verwerfen. Diese großen Vorrechte sind alle deswegen eingeführt worden, damit die Testatoren ihre Notherben auf keine Weise verkürzen können

d) L. 30. l. 31. C. de inoff. test. l. 2 et 3. C. de inoff. donat. Nov. 92.

nen [e]). Nach dem alten römischen Rechte war es erlaubt, Kinder unter einer Bedingung einzusetzen, die in ihren Kräften stand (cond. potest.), und sie mußten dieselbe erfüllen, wenn sie die Erbschaft nicht ausschlagen wollten. Nach neuern Gesetzen ist aber auch dieses abgeschaft worden [f]), und es soll jede Beschwerde als nicht beygefügt angesehen werden. Das ältere römische Recht wollte auch sogar, daß, wenn der Vater seine in der väterlichen Gewalt sich befindende Söhne, unter einer Casualbedingung zu Erben eingesetzt, und er sie nicht zugleich auf den Fall der Nichterfüllung der Bedingung enterbt hatte, eine Ungültigkeit in der Erbeseinsetzung daraus entstehen sollte. Uebrigens muß man das Verboth, die Notherben unter keiner Bedingung einzusetzen, nicht etwa auf das übrige Vermögen des Erblassers ausdehnen. Hier kann er auch in Rücksicht auf seine Kinder alles thun, was ihm erlaubt ist, wenn er eine fremde Person zu Erben einsetzt, und wovon im vorigen Paragraphen gehandelt worden ist [g]). In unsern Zeiten hat ein Italienischer Rechtslehrer des 16. Jahrhunderts, Marianus Socinus, gewissermaßen ein Mittel erfunden, den Pflichttheil beschweren zu können. Er giebt nämlich den Rath [h]): der Erblasser solle seinen Notherben etwas mehr hinter-

e) L. 32. C. de inoff. test. l. 30. C. eod. Nov. 115. c. 3.

f) Fein D. de herede suo sub conditione instituto. Götting. 1777. L. 4. l. 6. D. de hered. inst. l. 15. l. 28. D. de condit. instit.

g) L. 36. §. 1. C. de inof. testam.

h) Socinvs Iunior in Consult. 112. n. 12. et in Cons. 122. dub. sec. de Cramer Pr. de cautela Socini abundante, Marb. 1741. Crell D. de cautela Socini et quando illa sit inutilis. Vit. 1741. H. W. Koch über die Socinische Cautel, Giessen 1786. 8.

lassen als den Pflichttheil, aber dabey erklären, daß sie weiter nichts bekommen sollten, als den Pflichttheil, wenn sie sich nicht die auferlegte Beschwerde gefallen lassen wollen. (S. 199. und 227.) Diese Erklärung hat die Folge, daß die Kinder jetzt die Wahl haben, ob sie bloß den Pflichttheil nehmen, oder sich die Beschwerde gefallen lassen wollen; wählen sie aber den Pflichttheil, so hilft die Socinische Cautel immer nichts, und daher bleibt es auch noch heutzutage bey der Verordnung des neuern römischen Rechts, daß der Pflichttheil wider Willen der Notherben auf keine Weise beschwert werden darf [i]). Wenn auch der Sohn beym Leben des Vaters, aller Anfechtungen seines letzten Willens sich begeben, und versprochen haben sollte, wegen des verletzten Pflichttheils keine Beschwerde zu führen, so gilt dieses dennoch nicht, er müßte sich denn mit den Erben aufs neue darüber verglichen haben [k]). Es kann der Fall vorkommen, daß ein Vater eines oder mehrere seiner Kinder mit Recht enterbt, und den übrigen bloß ihren Pflichttheil hinterlassen hat. Hier sieht man sogleich ein, daß die Summe desselben größer oder kleiner werden muß, nachdem man die mit Recht enterbten Kinder mitrechnet, oder dieses geschieht nicht. Z. B. wenn die mit Recht enterbten zwey Kinder mit dazugerechnet werden, so würden fünf Kinder da seyn, welche den Pflichttheil bekommen müssen, und jetzt gehörte ihnen allen zusammen die Hälfte des ganzen Vermögens, welches der Va-

i) STRYCK D. de grauamine legitimae. SENCKENBERG de grauamine in legitima.

k) L. 35. §. 1. C. de inoff. test. PAVL. Sent. lib. 4. tit. 5. §. 8. Pactio talis, ne de inofficioso testamento dicatur, querelam super iudicio futuram *non* excludit. Meritis enim liberos, quam pactionibus adstringi placuit.

Vater hinterlassen hat. Rechnet man aber die zwey mit Recht enterbten nicht mit dazu, so hat der Verstorbene eigentlich nur drey Kinder hinterlassen, denen er den Pflichttheil schuldig ist; bey drey oder vier Notherben beträgt aber der Pflichttheil nicht mehr als den dritten Theil des ganzen Vermögens, mithin bekommen hier die unschuldigen Kinder weit weniger, als wenn die mit Recht enterbten mit gerechnet werden. Ueber die Entscheidung dieser Frage haben sich die Rechtslehrer [1]) noch nicht vereinigt. Einige sagen, wenn der Erblasser nicht mehr als vier Notherben hinterläßt, die rechtmäßig enterbten mitgerechnet, so bekommen die drey unschuldigen Kinder den ganzen, in einem Drittel des Vermögens bestehenden Pflichttheil allein, und der Enterbte bekommt nichts davon. Sie würden eben so viel bekommen müssen, wenn der enterbte gar nicht da wäre, folglich kann ihnen der Umstand nicht schaden, daß ein mit Recht enterbtes Kind da ist. Aber wenn der Erblasser schon vier Kinder hinterläßt, denen er den Pflichttheil nicht entziehen darf, und überdieses auch noch ein Kind, welches er mit Recht enterben können, so wird die Bestimmung dieses Falls weit schwerer. Denn rechnet man den mit Recht enterbten dazu, so verlieren die eingesetzten Erben einen ansehnlichen Theil der Erbschaft, und die auf den Pflichttheil gesetzten Kinder bekommen weit mehr, als sie bekommen würden, wenn nur vier Notherben da wären. Da das römi-

1) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 169. BASTINELLER D. de vsu theor. et pract. quaest. an fil. iuste exhered. in comput. legit. int. liber. connum. sit, nec ne. LINCK D. de legit. quat liber. in conc. quinti exhered. DARIES c. Resp. LENZ D. an iuste riteque exhered. in comp. legit. sit connum. Frf. 1774.

sche Recht in den in der Note m) angeführten Gesetzen sich bey Bestimmung dieses Falls zu widersprechen scheint, so muß man die Entscheidung nach der Rechtsanalogie (Handb. 1 Th. S. 98) vornehmen. Die Ursache, warum der Pflichttheil entweder im dritten Theile, oder in der Hälfte des Vermögens bestehen soll, nachdem viere oder mehr Notherben da sind, besteht ohnstreitig darin, weil sie immer weniger bekommen, je mehrere an dem Pflichttheile Antheil nehmen. Rechnet man nun den mit Recht enterbten nicht mit dazu, da doch 5 Notherben herauskommen würden, wenn er mitgerechnet würde, so wird der Pflichttheil nur im dritten Theile der Erbschaft bestehen, und folglich bekommen die unschuldigen Kinder weniger, als sie bekommen haben würden, wenn er mit dazu gerechnet werden müßte. Was können sie aber dafür, daß er die Enterbung verdient hat. Freylich würden sie auch nicht mehr bekommen haben, wenn er nicht enterbt worden, denn jetzt hätte er seinen Antheil selbst erhalten. Darauf kann man aber wieder antworten n): unter mehrern Erben tritt das Anfallsrecht (ius accrescendi) ein, wenn der eine Miterbe seinen Theil nicht bekommt. Hier wird aber der mit Recht enterbte ausgeschlossen, folglich müssen die übrigen Notherben seine Erbportion vermöge des Anfallsrechts bekommen. Beyde Meynungen haben viel für sich, und man sieht, wie nachtheilig es ist, wenn die Gesetze nicht alles aufs deutlichste bestimmen. Dieses mag genug seyn, auf die verschiednen Fälle aufmerksam zu machen, welche

m) L. 10. §. 4. D. de bon. poss. contra tab. l. 8. §. 8. D. de inoff. test.

n) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 169. CARPZOV Part. III. Const. X. Def. 12. et 13.

welche bey der Erbeseinsetzung der Notherben vorkommen können. Nun muß auch von der Enterbung derselben das wichtigste gesagt werden o). Es ist eine Hauptregel des römischen Rechts: jede Person, die den Pflichttheil zu fordern berechtigt ist, muß entweder in demselben zum Erben eingesetzt, oder aus einer gerechten Ursache enterbt worden seyn. Die Enterbung besteht in einer ausdrücklichen Ausschließung deßen, dem der Pflichttheil gehört, von der ganzen Erbschaft. Nur diejenigen, welchen die Gesetze den Pflichttheil zusprechen, müssen enterbt werden. Bey allen übrigen verwandten Personen ist es schon genug, wenn ihrer im Testament gar nicht gedacht worden. Am strengsten zeigten sich die Rechte der römischen väterlichen Gewalt (Handb. 3 Th. S. 476) bey der Enterbung der Kinder, daher sie Quinctilian fulmen exheredationis nennt. Das ältere römische Recht schrieb für die Enterbung die größten Subtilitäten vor. Sie mußte 1) unbedingt geschehen, wie die Juristen Hermogenian und Ulpian ausdrücklich sagen p). Wenn die Enterbung richtig geschehen sollte, so mußte sie 2) bey jedem Miterben und bey jedem Substituirten geschehen. Daher sagte man in allen Graden (ab omni gradu), solle die Enterbnng geschehen seyn; das heißt, wenn der Testator mehrere Erben in verschiednen Sätzen einsetzte, so mußte die Enterbung bey jedem einzelnen Satze wiederhohlt werden. Hatte also der Erblasser gesagt: Titius, filio Caio excluso, heres esto, Me-

o) Herr Prof. Westphal von Testam. S. 319. Herr Hofrath Claproth von Testament. S. 87. Höpfners Comment. über die Instit. S. 411.

p) L. 18. pr. D. de bon. pos. contr. tab. L. 3. §. 1. D. de lib. et post.

vius heres esto; so war die Enterbung nicht richtig vorgenommen, und galt nicht. Es hätte heißen sollen: Titius et Caius, excluso filio heredes sunto; oder, filius exheres esto, Titius et Caius heredes sunto q). Wollte der Erblasser einen Erben dem andern substituiren, das heißt, einen zweyten Erben auf den Fall einsetzen, daß der erste nicht Erbe werden sollte, so mußte die Enterbung wieder bey allen Erben wiederhohlt werden, oder sie galt nicht. Er durfte z. B. nicht sagen: Titius heres esto, si heres non erit, Caius filio excluso heres esto; sondern es hätte hier heißen sollen: filius exheres esto, Titius heres esto; si heres non erit, Caius heres esto. Drittens war bey der Enterbung nöthig, daß die Söhne namentlich enterbt wurden, die Töchter und Enkel aber konnte man überhaupt (inter caeteros) enterben. Hatte also Jemand drey Söhne und vier Töchter, und drey Enkel von zwey verstorbenen Söhnen, so konnte er sagen: meine drey Söhne sollen meine Erben seyn, alle übrigen enterbe ich r). Durch die Gesetze des Codex wurde aber verordnet, daß alle Kinder, Enkel, Urenkel u. s. f. sie mögten männlichen, oder weiblichen Geschlechts seyn, namentlich enterbt werden sollten; das heißt, sie mußten entweder mit ihrem Namen angeführt, oder doch so deutlich beschrieben worden seyn, daß sie gleich kenntbar waren s). Endlich wurde durch die Novellen auch 5) noch erfordert, daß wenn Jemand seine Kinder oder Eltern enterben wollte, auch eine von den rechtmäßigen Enterbungs-

q) L. 8. D. de lib. post. L. 8. §. 3. D. de b. p. c. t. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. § 147.

r) L. 25. D. de lib. et post.

s) LEYSER Spec. 356. med. 6. van de POLL de exhered. c. 72.

bungsursachen, welche S. 370 angeführt worden, dazu gesetzt worden seyn müsse. Wenn bey der Enterbung diese fünf Stücke beobachtet worden, so heißt sie richtig geschehen (rite facta); fehlt aber eins davon, so gilt sie nicht. Bey uns werden die feyerlichen Worte nicht mehr so genau beybehalten t). Man muß die alte Art und Weise, wie die Enterbung geschehen müssen, von der neuern des Justinians genau unterscheiden. Es ist gesagt worden, daß das römische Recht verlange, die Enterbung solle unbedingt (pure) geschehen, und zur Ursache wird vom Hermogenian angeführt, dieses sey deswegen nicht erlaubt, weil die Eltern völlig entschlossen seyn müssen, wenn sie ihre Kinder enterben wollten, eine so wichtige Sache dürfe nicht mit Schwanken vorgenommen werden. Diesem Ausspruch des Hermogenians (Handb. 1 Th. S. 552) scheinen einige vom Papinian, Ulpian und Mäcian (S. 533 und 584) herrührende Gesetze u) zu widersprechen. Papinian und Ulpian sagen, man könne einen Sohn unter einer Bedingung, die in seiner Gewalt steht, (condit. pot.) zum Erben einsetzen, und Mäcian will sogar, daß er unter einer Casualbedingung enterbt werden könne, wenn er nur zugleich unter der gegentheiligen eingesetzt worden. Thut nun der Vater dieses würklich, so hat er ihn ja zugleich auf den Fall, daß die Bedingung nicht erfüllt werden sollte, stillschweigend (implicite) enterbt. Durch diese Umstände veranlaßt, schreibt der Herr geheime Tribunalrath Höpfner über die Institutionen S. 413: wo

t) PERILL. B. I. G. BAVER D. de eo, quod iustum est circa formam exhered. §. 9.

u) L. 5. D. de cond. instit. L. 4. pr. D. de hered. inst. L. 86. D. eod.

bleibt hier das certum iudicium. Enterben also kann ich meinen Sohn nicht bedingter Weise. Einsetzen kann ich ihn unter einer potestativen Bedingung (folglich stillschweigends und bedingt) enterben. Endlich kann ich ihn auch unter einer casuellen Bedingung einsetzen, und unter der gegentheiligen, (also wieder bedingt) enterben x). Wenn dieß nicht Widersprüche, oder wenigstens die subtilsten Subtilitäten sind: so giebt es gar keine. Sollte der Fall heutiges Tages vorkommen, daß Jemand einen Notherben bedingt enterbte; so wird das Testament deswegen nicht als ungültig angefochten werden können; ja alsdenn, wenn die bedingte Enterbung mit Anführung einer gesetzlichen Enterbungsursache geschehen seyn sollte, so besteht das Testament schlechterdings y). Z. B. der Vater sagte: wenn mein Sohn, wie er sich erklärt hat, ein Socinianer werden sollte, so soll er enterbt seyn; oder, der Vater sagte: mein Sohn hätte die Enterbung wohl verdient, da er mich auf öffentlichem Markte einen alten Spitzbuben gescholten hat (S. 197); ich will ihn aber doch nur auf den Fall enterbt haben, wenn er die N. heyrathet. Hat der Vater nur einen Sohn, oder nur eine Tochter, so ist die Enterbung gehörig geschehen, wenn er sagt: meinen Sohn, meine Tochter enterbe ich. Sollte er aber mehrere Söhne, oder mehrere Töchter haben, und er bediente sich dieser Worte, so würde die Enterbung nicht gelten; doch kommt heutzutage darauf nichts mehr an, ob die Enterbung im praesenti, imperatiuo, oder futuro geschehen ist, sondern jede namentliche

x) van de POLL de exhered. cap. 73. et 74.

y) Der Herr Hofrath Claproth von Testamenten S. 85.

mentliche Bestimmung ist hinreichend z). Vermöge des römischen Rechts, wie es in den Pandecten vorgetragen enthalten ist, konnte nicht allein ein unmündiges, sondern auch ein noch nicht gebohrnes Kind, ja sogar von einem noch nicht Verheyratheten, sein künftiges Kind enterbt werden. Diese unvernünftige Freyheit ist aber von Justinian abgeschaft worden, weil dergleichen Kinder sich keiner Enterbungsursache schuldig machen können a). Die Enterbung muß eine Ausschließung von der ganzen Erbschaft enthalten. Wird Jemand nur in einer Kleinigkeit eingesetzt, so ist er nicht enterbt worden. Die römischen Juristen übertrieben es hierbey wieder, indem sie behaupteten, wer nur in Ansehung eines Theils der Erbschaft zum Erben ernannt worden, sey nicht gehörig enterbt, sondern blos übergangen oder präterirt worden. Der Jurist Paulus b) führt folgendes Beyspiel an: ein Vater setzte seine Tochter zur Universalerbin ein, dem Sohne hingegen vermachte er bloß etwas, und erklärte dabey, in dem übrigen Theile solle er enterbt seyn. Diese Enterbung erklärt nun der Jurist für unrichtig geschehen. Diese Subtilitäten werden in unsern Gerichten nicht leicht in

Er=

z) L. 2. D. de lib. et post. hered. inst. L. 17. eod. L. 3. C. de lib. praet. L. 2. C. com. de legat.

a) L. 4. l. 27. D. de lib. et post. L. 3. l. 14. D. de ini. rupt. l. 94. pr. de legat. I.

b) L. 19. D. de lib. et post. — Cum quidam filiam ex asse heredem scripsisset, filioque, quem in potestate habebat, decem legasset, adiecit, et in caetera parte exheres mihi erit: et quaereretur, an recte exheredatus videretur: Scaeuola respondit, non videtur: et in disputando adiiciebat, ideo non valere, quoniam nec fundi exhaeres esse iussus, recte exheredaretur. Aliamque causam esse institutionis, quae *benigne* acciperetur: exheredationes autem non essent adiuuandae.

Erwägung gezogen werden. Hätte also ein Vater gesagt: meinen Sohn enterbe ich von meinem Hause; so würde das Testament immer gelten, und der Sohn zwar vom Hause nichts, aber von dem übrigen Vermögen seinen Antheil fordern können. Eben so würde folgende Erklärung nicht ungültig seyn, wenn es im Testament hieße: ich vermache meinem Sohne 100 Rthlr., aber von meinem übrigen Vermögen soll er enterbt seyn [c]). Eine wider die Vorschrift der Gesetze vorgenommene Enterbung eines Kindes, schadet alsdenn dem Testamente nichts, wenn das Kind noch vor dem Vater gestorben ist. Und so gilt auch die geschehene rechtmäßige Enterbung nicht weiter, wenn der begangene Fehler verziehen, und eine Aussöhnung entweder ausdrücklich oder stillschweigend geschehen ist. Diese Verzeihung ist alsdenn vorhanden, wenn der anfangs Enterbte in der Folge doch noch zum Erben ernannt worden, und dieses kann auch in dem nämlichen Testamente geschehen [d]). Die Enterbung muß **ausdrücklich** geschehen, das heißt, es muß gesagt werden, der Notherbe solle nicht Erbe seyn. Die Worte sind zwar nicht ausdrücklich vorgeschrieben, welche gebraucht werden sollen, doch muß man sich schlechterdings hüten, solche Ausdrücke zu brauchen, welche in Gesetzen für eine Uebergehung oder Präterition erklärt werden. Wenn ich Jemanden nicht zum Erben einsetze, ich sage aber auch nicht, daß er nicht erben soll, so heißt das, ihn übergehen. Zur Präterition wird aber nicht ein gänzliches Nichterwähnen der Person erfordert, die man nicht zum Erben eingesetzt hat, sondern

c) Leyser Spec. 356. med. 7. van de Poll de exhered. c. 76. §. 5. Höpfners Comment. S. 412.

d) L. 28. pr. D. de lib. et post. L. 21. eod.

sondern es ist schon eine Uebergehung vorhanden, wenn nur nicht gesagt werden kann, sie sey im Testament enterbt, oder zum Erben eingesetzt worden. Z. B. der Erblasser hätte gesagt: meine zwey Töchter setze ich zu meinen Erben ein, mein Sohn hat mich um mein ganzes Vermögen gebracht (S. 372). Ein solches Testament gilt nicht, weil der Sohn ist übergangen worden, denn es hätte heißen sollen, meinen Sohn enterbe ich, weil er mich durch sein Angeben bey der Accise um mein ganzes Vermögen gebracht hat e). So viel von der Art und Weise, wie eine Enterbung nach den Gesetzen geschehen muß. Bey der Lehre von ungültigen Testamenten wird noch verschiednes vorkommen, was man mit den zeither vorgetragenen Grundsätzen auf das genaueste vergleichen muß, wenn man die äußerst schwere Materie vollständig fassen will. Und auch hieraus wird man sehen, daß das ganze bürgerliche Recht wie eine Kette zusammen hängt. Wer einen Theil desselben nicht gehörig versteht, dem bleiben auch alle damit in Verbindung stehenden unverständlich, welches man nicht eher gewahr wird, als wenn man entweder entscheiden,

e) Pr. Inst. de exhered. lib. — Sed qui filium in potestate habet, curare debet, vt eum *heredem* instituat, vel eum *exheredem nominatim* faciat. Alioquin si eum *silentio* praeterierit, inutiliter testabitur adeo quidem, vt si viuo patre filius mortuus sit, nemo heres ex eo testamento existere possit, quia scilicet ab initio non constiterit testamentum. Sed non ita de filiabus vel aliis per virilem sexum descendentibus liberis vtriusque sexus antiquitate fuerat obseruatum: sed si non fuerant scripti heredes scriptaeue, vel exheredati exheredataeue, testamentum quidem non infirmabatur: ius accrescendi eis ad certam portionem praestabatur. Sed nec nominatim eas personas exheredare parentibus necesse erat, sed licebat inter caeteros hoc facere.

scheiden, oder die Sache einem sachverständigen Manne erklären soll. Von der zeither erklärten Enterbung ist diejenige unterschieden, welche die Rechtslehrer [f]) eine aus guter Meynung geschehene Enterbung (exheredatio bona mente facta) nennen. Sie geschieht in der Absicht, daß der Enterbte einen Vortheil davon ziehen soll, und kann sowohl vermittelst der eigentlichen Enterbung, als durch die Vorbeygehung geschehen [g]). Man bedient sich derselben hauptsächlich in folgenden Fällen. Bisweilen ist die Kindheit der Enterbten, und der deswegen besorgliche Verlust ihres Vermögens, wenn solches entweder den Kindern oder ihren Vormündern in die Hände gegeben wird, eine gegründete Ursache dieser Enterbung. Und so kann auch die Verschwendung des Mannes eine Ursache bey der Mutter abgeben, indem die Mutter ihre Kinder so lange enterbt, bis sie aus der väterlichen Gewalt sind [h]); oder der Enterbte ist selbst wegen seiner Verschwendung schuld, daß ihn der Vater oder die Mutter enterbt, und

f) Leyser Spec. 358. Willenberg, Linck, Reinhardt, Zoller de exheredatione bona mente facta.

g) L. 18. D. de lib. et post. — Multi non notae causa exheredant filios, nec vt eis obsint, sed vt eis consulant, (vtputa impuberibus) eisque fideicommissam hereditatem dant. L. 25. C. de inoff. test. — Filiis matrem, quae de mariti moribus secus suspicatur, ita posse consulere iure compertum est, vt eos sub hac conditione instituat heredes, si a patre emancipati fuerint: atque eo pacto secundum tabulas bonorum possessionem patrem cum re accipere non videri, qui conditioni minime obtemperauerit: neque ei nomine filiorum inofficiosi eo modo actionem posse competere, quibus nullam iniuriam fecerit mater, sed potius puravuerit prouidendum: et ideo restituere debet.

h) Madihn Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 177.

und seine Kinder dagegen einsetzt, dem Sohne aber nur den nöthigen Lebensunterhalt hinterläßt. In sehr vielen Fällen ist eine aus guter Meynung geschehene Enterbung, eigentlich weiter nichts als eine Substitution, wovon ich gleich reden werde. Eine solche Enterbung kann oft auch dadurch bey Kräften bleiben, weil es der Enterbte selbst zufrieden ist, und sich nicht darüber beschwert. Dieser Fall wird alsdenn eintreten, wenn der Enterbte so viel Schulden hat, daß seine Erbschaft nicht einmal zureichen würde. Weil aber dadurch die Schuldner leiden, so ist es in vielen Ländern verboten, die Kinder unter diesen Umständen zu enterben. Nachdem ich sowohl von der willkührlichen als nothwendigen Erbeseinsetzung gehandelt habe, so komme ich auf die damit in genauer Verbindung stehende Materie von der Substitution der Erben [i]). Unter der Substitution überhaupt, verstehen die Rechtslehrer die Erklärung des Erblassers, wer alsdann sein Erbe seyn soll, wenn der zuerst ernannte es nicht werden sollte. Wir haben S. 408 gesehen, daß es auf den bloßen Entschluß des Testators ankömmt, ob er nur eine Person zu seinem Erben einsetzen will, oder mehrere. Ernennt er nun mehrere, so kann er sie entweder alle zugleich zu Erben einsetzen, oder er sagt, es soll einer zuerst die Erbschaft ganz allein haben, und nur alsdann, wenn er nicht Erbe werden sollte, so solle der andere das Vermögen bekommen. Wenn mehrere zugleich Erbe seyn sollen, so werden sie Miterben genannt; soll aber der eine nicht eher etwas bekommen, als wenn der erste nicht Erbe wird, so

nennt

i) Der Herr Hofrath Claproth von Testamenten S. 95. Herr Prof. Westphal von Testament. S. 462. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 178.

nennt man dieses eine Substitution der Erben, eine Aftererbeseinsetzung. Jede Substitution setzt schlechterdings zwey verschiedene Personen voraus, und davon wird derjenige, welcher zuerst Erbe seyn soll, schlechtweg der Erbe genannt, derjenige aber, welcher alsdann das Vermögen bekommt, im Fall der Erbe nicht Erbe seyn sollte, heißt der Substitute. Man nennt jenen auch den ersten Erben, und den Substituten den zweyten. Diese verschiedenen Erbeseinsetzungen werden die Grade bey der Erbeseinsetzung genannt [k]). Daher heißt es die Enterbung soll bey allen Graden der Erbeseinsetzung geschehen, oder sie ist sonst ungültig (S. 503). Es giebt verschiedene Arten der Substitution, nämlich 1) haben wir die gemeine Substitution, 2) die fideicommissarische, 3) die pupillarische, 4) die exemplarische Substitution [l]). Es wird die Substitution auch von einigen in die militarische und nicht militarische abgetheilt, nachdem der Erblasser entweder ein Soldat ist, oder nicht. Andere Rechtslehrer tragen folgende Eintheilung der Substitution überhaupt vor, und sagen: die Substitution geschieht entweder an die Stelle eines Erben der zwar würklich Erbe wird, dem aber die Wiederabtretung der Erbschaft aufgelegt worden, oder dieses wird nicht erfordert. Jene Substitution nennen sie die fideicommissarische oder die mittelbare (obliqua); diese aber die directe. Diese begreift wieder viererley Gattungen unter sich, nämlich sie ist 1) sub-

k) Der Herr geheime Tribunalrath Höpfner über die Instit. S. 439.

l) ROTGERSI Diatr. ad L. 8. C. de imp. et al. subst. f. de quat. spec. substit. in apod. demonst. lib. 2. S. 708. CHIFLETIVS Tr. de subst. Lugd. 1584. in OTTON. THES. Tom. V. S. 1669.

substitutio vulgaris, oder 2) pupillaris, oder 3) quasi pupillaris, oder endlich 4) militaris[m]). Zuerst muß von der gemeinen Substitution gehandelt werden, weil die andern Arten aus derselben erklärt werden müssen. Die gemeine Substitution (substitutio vulgaris) geschieht also, wie bereits gesagt worden, auf den Fall, wenn der erste Erbe gar nicht Erbe werden sollte. Die Ursache hiervon kann nun entweder darin liegen, weil er es nicht werden kann, oder weil er es nicht werden will. Jener Fall heißt kunstmäßig oder barbarisch gesprochen, casus impotentiae; dieser aber casus noluntatis. Von der Substitution überhaupt ist folgendes zu bemerken [n]). Die Entstehung derselben rührt daher, weil man die Intestaterbfolge dadurch verhüten wollte. Gesetzt es hat zwar Jemand ein Testament gemacht, der ernannte Erbe stirbt aber vor dem Testator, oder es treten andere Umstände ein, daß er nicht Erbe wird, so fehlt es nun an dem wesentlichen Stück des Testaments, und die Absicht des Erblassers, die Intestaterben auszuschließen, wird vereitelt. Sie bekommen nunmehro dennoch die Erbschaft des Verstorbenen, weil das Vermögen einen Eigenthümer haben muß, und dazu sind sie durch die Gesetze auf den Fall ernannt, wenn kein Testamentserbe da ist. Damit aber dieses auch auf diesen Fall nicht geschehen möchte, so erfand man die Substitution, das heißt, man führte ein, daß der Testator auf den Fall, wenn etwa sein im Testament ernannter Erbe eher sterben würde als der Erblasser, oder er wollte und könnte die Erbschaft nicht annehmen, erklärte, wer alsdann sein Erbe seyn solle. Diese Erklärung ist aber eben die

m) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 180.
n) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 178.

die Substitution überhaupt, wie man aus den S. 198. und 206. befindlichen Testamenten sehen kann, und begreift nur verschiedene Fälle unter sich, wenn sie geschieht, welches eben zu der Eintheilung derselben in die gemeine, pupillarische, quasipupillarische und militarische Anlaß gegeben hat. Zuerst erklären die Rechtslehrer o) die gemeine Substitution (substitutio vulgaris). Sie wird deswegen die gemeine genannt, weil sich jeder, der ein Testament macht, derselben bedienen kann, und folglich einen allgemeinen Gebrauch verstattet. Diese gemeine Substitution besteht nun darin, daß der Erblasser in seinem Testament erklärt, wenn der von ihm eingesetzte Erbe nicht sein Erbe werden sollte, alsdann auf diesen Fall der und der sein Erbe seyn sollte. Es kann sich zutragen, daß der eingesetzte Erbe eher stirbt, als der Testator, oder daß er die Erbschaft gar nicht annehmen will, denn dazu kann ihn Niemand zwingen, oder daß er sie nicht annehmen kann, weil er nach Vorschrift der Gesetze nicht Erbe werden darf, da er unter die Personen gehört, die nicht zu Erben eingesetzt werden dürfen, welche wir S. 364. kennen gelernt haben. Gegen alle diese Fälle sicher zu seyn, bedient man sich der Substitution, oder erklärt, wer alsdann das Vermögen bekommen solle. Weil auch der Substituirte nicht Erbe werden kann, weil er nicht will, oder nicht kann, so setzt man diesen ebenfalls einen andern an die Seite, der unter diesen Umständen die Erbschaft bekommen soll, wie das Formu-

o) Herr Hofrath Claproth von Testamenten S. 101. Herr Prof. Westphal von Testamenten S. 462. P. de TOVLLIEV D. de substitut. vulgari. PAPILLONIVS Tr. de direct. substit. in OTTON. Thes. Tom. IV. S. 665.

Formular des S. 206. abgedruckten Testaments beweißt. Diese auf einander folgenden Ernennungen der substituirten Erben heißen Grade der Substitution p). Bey dieser Ernennung anderer Erben, wenn die zuerst ernannten nicht Erbe werden sollten, sind zweyerley Fälle möglich. Nämlich, wenn der Erblasser nicht bloß eine Person zu seinem Erben eingesetzt hat, sondern zwey, drey oder noch mehrere, so kann er sagen: sollte A. nicht mein Erbe werden, so soll der Erbe C. seinen Theil haben, oder so sollen sich B. und D. darin theilen. Dieses nennen die Rechtslehrer eine wechselseitige Substitution (substitutio reciproca). Der Erblasser kann aber auch seinem zuerst ernannten Erben eine fremde Person substituiren. Er kann sagen: A. soll mein Erbe seyn, sollte er es aber nicht werden, so substituire ich ihm den F. Die gemeine Substitution ist alsdann nöthig, wenn der eingesetzte Erbe es nicht werden kann, oder es nicht werden will. Bey der Abfaßung eines letzten Willens sollten diese beiden Fälle allemal, jeder besonders angegeben werden, wenn der Testator recht deutlich reden wollte, er sollte z. B. sagen: A. soll mein Erbe seyn, oder A. und B. sollen meine Erben seyn. Wenn sie aber meine Erben entweder nicht seyn wollen, oder nicht seyn können, so erkläre ich den F. zu meinem Erben. Da sich aber nicht alle Erblasser so bestimmt ausdrücken, so hat man eingeführt, daß man auch nur zu sagen brauche, A. soll mein Erbe seyn, wird er es aber nicht werden, so soll es B. seyn. Dieser Ausdruck schließt den Fall

p) Pr. Inst. de vulg. substit. — Potest autem quis in testamento suo plures *gradus* heredum facere, vtputa: si ille heres non erit, ille heres esto; et deinceps, in quantum velit testator, substituere potest.

des Nichtwollens und des Nichtkönnens in sich q). Man ist noch weiter gegangen, und behauptet, wenn gleich nur ein Fall angegeben worden, so solle der nicht mit angeführte stillschweigend darunter verstanden werden. Z. B. der Erblasser hat gesagt: A. soll mein Erbe seyn; wenn er es aber nicht werden will, so soll es B. seyn. Hier hat der Erblasser zwar nicht gesagt, daß B. auch alsdann die Erbschaft bekommen solle, wenn A. nicht Erbe seyn könnte; weil aber einmal zur Regel gemacht worden, daß man den nicht ausgedruckten Fall stillschweigend mit verstehen müsse, so wird B. würklich Erbe. Die Ursache liegt darin, weil ein Testament, so lange es nur irgend möglich ist, bey Kräften bleiben, und die Intestaterbfolge nicht eher eintreten soll, als bis gar kein Mittel zur Aufrechthaltung des Testaments weiter da ist. Nun würde aber in unserm Falle, die Intestaterbfolge eintreten müssen, wenn man die Auslegung nicht so machen wollte, der Erblasser habe mit den ausdrücklich gebrauchten Worten: wenn A. nicht Erbe seyn **will**, auch zugleich sagen wollen, oder es nicht seyn **kann**. Die Rechtslehrer r) drükken sich darüber folgendergestalt aus, und sagen: der Fall des **Nichtwollens** ist unter dem Falle des **Nichtkönnens** begriffen, und **umgekehrt** (casus expressus tacite continet casum non expressum). Es wollen zwar nicht alle Rechtslehrer s) die Gültigkeit die-

q) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 182. REINHARDT ad CHRIST. Vol. IV. Obs. 25.

r) STRVVE Exerc. 33. th. 13. de PVFENDORF Obs. Iur. vn. Tom. II. Obs. 98. S. 408. VOET. ad Pand. ad tit. de vulg. et pup. substit. n. 12. Tom. II. S. 262. Edit. Colon. WALCH Introd. in Contr. S. 176.

s) BACHOV ad TREVTLER. Vol. 2. Disp. 11. th. 6. lit. A. VINNIVS ad pr. Inst. dn vulg. n. 3.

dieser Regel zugeben, weil sie nicht ausdrücklich in Gesetzen angeführt wird. Da sie aber doch nach allen vernünftigen Regeln der Auslegungskunst stillschweigend in Gesetzen enthalten ist, indem es ja von der gemeinen Substitution ausdrücklich behauptet wird, daß sie die pupillarische stillschweigend in sich fasse [r]), so erkennt man die obige Regel in den höchsten Gerichten mit Recht für richtig, wie die in der Note r) angeführten Schriftsteller beweisen. Von der gemeinen Substitution kann jeder Gebrauch machen, wer berechtigt ist, sich im Testament einen Erben zu ernennen, denn die Substitution ist nichts anders, als eine Ernennung des zweyten, dritten, oder mehrerer auf einander folgender Erben. Hier gelten alle Grundsätze, welche S. 266. von der Person und den Eigenschaften desjenigen, der ein Testament machen will, vorgetragen worden sind. Und eben so kann auch nur derjenige substituirt werden, der zum Erben eingesetzt werden darf. Was das für Personen sind, ist S. 364. ebenfalls gezeigt worden. Bey der Substitution selbst in Rücksicht auf die Zahl der Personen, ob der Erblasser nur einen oder mehrere substituiren will, desgleichen bey der Festsetzung der Theile, wie viel jeder Substitut bekommen soll, wenn mehrere auf einmal als Substituten die Erbschaft bekommen sollen, gilt ebenfalls alles das, was S. 413. bey der Erbeseinsetzung angeführt ist. Der Erblasser kann einem Erben mehrere substituiren; z. E. sagen: F. soll mein Er-

t) L. 4. pr. et §. sqq. D. de vulg. et pup. subst. — Iam hoc iure vtimur ex diui Marci et Veri constitutione, vt cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in *vtrumque* casum substituisse intelligatur: siue filius heres non extiterit; siue extiterit et impubes decesserit.

be seyn, will oder kann er es aber nicht werden, so sollen N. und Z. meine Erben seyn. Hat er mehrere zu Erben eingesetzt, so kann er nur einen substituiren; z. B. wenn es in seinem Testament hieße: H. und J. sollen meine Erben seyn; würde aber keiner von ihnen Erbe werden, so soll K. mein Erbe seyn u). Es ist ferner erlaubt, daß der Erblasser, welcher mehrere zu seinen Erben eingesetzt hat, ihnen auch wieder mehrere substituirt; z. B. sagt: A. B. C. und D. sollen meine Erben seyn; stirbt der A. vor mir, so substituire ich ihm den Z., sollte B. nicht mein Erbe werden, so soll es alsdenn M. seyn. Hier sind fremde Personen als Substituten genannt. Der Erblasser kann aber auch die Erben unter einander substituiren, z. E. sagen, A. B. C. sollen meine Erben seyn, stirbt aber A., so substituire ich ihm den C. Diese Art der Substitution wird eine wechselseitige Substitution (substit. reciproca s. mutua) genennt. Wie sie von dem Anfallsrechte (ius accrescendi) unterschieden ist, soll bey der Materie vom Anfallsrechte gesagt werden x). Man nennt diese Art der Substitution auch breuiloqua, weil sie sehr kurz z. B. in folgenden Worten ausgedrückt werden kann: A. B. C. sollen meine Erben seyn, und ich substituire sie einander. Der Erblasser kann sich bey der gemeinen Substitution eben sowohl der Bedingungen bedienen, wie es bey Erbeseinsetzungen geschehen darf (S. 422.). Die Wirkung einer geschehenen gemeinen Substitution besteht darin, daß der

u) Der Herr geheime Tribunalrath Höpfner über die Instit. S. 433.

x) PERILL. REVTER D. de substitutione reciproca, eiusque a iure accrescendi discrimine. Hal. 1750. PERILL CLEMANN D. de reciproca coheredum substitut. Lipf. 1770.

der Subſtitut die Erbſchaft bekommt, wenn der eigentliche Erbe nicht Erbe wird, da er es nicht werden kann, z. B. deswegen, weil er eher geſtorben iſt, als der Erblaſſer, oder weil er es nicht werden mag, ſondern die Erbſchaft ausgeſchlagen hat. Und da die Subſtitution außer andern Urſachen deswegen eingeführt worden, damit die Teſtamente nicht deswegen ungültig werden ſollen, weil es an einem Erben fehlt, ſo folgt immer ein Subſtitut dem andern, bis keiner mehr da iſt. Dieſer Umſtand hat zu folgender Rechtsregel Anlaß gegeben: ſubſtitutus ſubſtituto ſubſtitutus eſt *inſtituto*, derjenige, welcher eigentlich einem Subſtituten ſubſtituirt worden, wird zugleich auch für einen Subſtituirten des Erben gehalten y). Geſetzt, der Erblaſſer hätte geſagt: A. ſoll mein Erbe ſeyn, wenn er es nicht ſeyn wird, ſoll es B. ſeyn. Sollte es auch dieſer nicht werden, ſo ſoll es C. ſeyn. Und wenn auch dieſer es nicht werden ſollte, ſo ſubſtituire ich ihm den D. In dieſem Beyſpiele ſind B. C. D. lauter Subſtituten; von denen immer nur einer nach dem andern Hofnung zur Erbſchaft hat, wenn A. nicht Erbe werden ſollte. Stirbt alſo B. und C. vor dem A., und ſodann auch A. ſelbſt, ſo wird der letzte Subſtitut D. Erbe, weil er ein Subſtitut deſſelben war. Mit dieſem Umſtande ſind übrigens wichtige Rechtsſätze verbunden worden z). Jeder Subſtitut bekommt nicht eher ein Recht zur Erbſchaft, als bis der eigentliche Erbe nicht Erbe wird. Nimmt er aber die Erbſchaft an, ſo hat der Subſtitut alle Hofnung zur

y) COCCEII Ius contr. tit. de vulg. et pup. ſubſt. Qu. 2. HVBER ad h. tit. n. 2. VINNIVS ad h. t. §. 3.

z) Höpfners Comment. über die Inſtit. S. 445.

Erbschaft verlohren. Sind mehrere auf die Art substituirt worden, daß sie alle zugleich Erbe seyn sollen, wenn die eigentlichen Erben die Erbschaft nicht bekommen sollten, so theilen sie nach eben den Grundsätzen die Erbschaft, wie die eigentlichen Erben sie unter einander vertheilt haben würden; es müßte denn der Erblasser auf diesen Fall andere Theile ausgesetzt haben [a]). Sollte der Erblasser zwey Erben A. und B. im ersten Grade eingesetzt, dem A. aber den C., und dem B. den D. substituirt haben, bey diesen beyden Substituten ernennt er aber nochmals andere Substituten, E. und F. im dritten Grade, und nun trägt sichs zu, daß A. und sein Substitut C. nicht Erbe seyn können, so kommt dennoch der Substitut des dritten Grades E. nicht zur Erbschaft, sondern der Miterbe B. [b]), und wenn der Erblasser in verschiednen Graden oder Absätzen mehrere Erben eingesetzt hat, und nun erklärt er zuletzt noch, daß diese Erben sämmtlich einander substituirt seyn sollten, so gehen die in dem einen Grade, den übrigen Substituten so lange vor, bis sie alle wegfallen; alsdenn aber kommt auch die Reihe an diese [c]). Nach der Meynung des Paulus kann Jemand auch sein eigner Substitut seyn; nämlich alsdenn, wenn er unter einer Bedingung zum Erben eingesetzt worden, auf den Fall aber, daß die Bedingung nicht eintreten sollte, hat ihn der Erblasser zugleich wieder substituirt. Dieses war nur alsdenn von

a) L. 32. D. de vulg. et pup. subst.

b) L. 30. D. de vulg. et pup. subst.

c) L. 41. §. 4. et 5. D. de vulg. et pup. subst. L. 4. C. de impub. et al. subst. L. 36. §. 1. D. de vulg. et pup. sub. — Plures in vnius locum possunt substitui, vel vnus in plurium, vel singulis singuli, vel inuicem ipsi, qui heredes instituti sunt.

von Nutzen, wenn diese Substitution dem Erben Vortheile brachte, die er als Erbe nicht erlangen konnte, weil die Bedingung nicht erfüllt wurde, sonst war es vernünftiger, der Testator setzte ihn gleich unbedingt zu seinem Erben ein, denn er bekam ja doch die Erbschaft als Substitut, wenn auch die Bedingung nicht in Erfüllung gieng [d]). Wegen der Fähigkeit des Erben des ersten Grades war besonders in dem Falle ein Zweifel, wenn der Testator den Erben für einen freyen Menschen gehalten, er es aber nicht war (S. 384.), und ihm einen andern substituirt hatte. Jetzt frug sichs, ob der Substitut mit Uebergehung des Sclaven die Erbschaft bekommen müsse, oder ob der Herr des Sclaven die Erbschaft bekomme. Diesen Fall entschied man dahin, daß der Herr die Hälfte der Erbschaft, und der Substitut die andere Hälfte bekommen solle [e]). Nach dem Ulpian in seinen Fragmenten tit. 22. §. fin. wurde auf eine ähnliche Art entschieden, wenn der Erbe mit der Cretion ernannt worden, und auf den Fall, daß er die Erbschaft nicht mit der Cretion annehmen würde, hatte man ihm einen andern substituirt. Hier bekam er nur die Hälfte der Erbschaft, wenn er sich als Erbe betragen (pro herede gestio), aber nicht die Cretion gebraucht hatte, und die andere Hälfte bekam der Substitut. Der Entscheidung des in der Note e) angeführten L. 40. D. de hered. inst. widerspricht schlechterdings L. 3. Cod. de hered. instit. wo ganz bestimmt gesagt wird, wenn der Te-

d) Herr Prof. Westphal von Testamenten S. 475. L. 48. §. 1. D. de pup. et vulg. substit.

e) L. 40. D. de hered. inst. ALCIATVS in Dispunct. lib. 1. c. 2. OTTO ad Instit. S. 281. Der Herr Domherr Püttmann in den Prob. lib. 1. c. 16.

stator geglaubt, der eingesetzte Erbe sey ein freyer Mensch, und hat ihm einen andern substituirt, nun zeigt sichs aber, daß er kein freyer Mensch sey, so solle der Substitut alles bekommen, und der Herr des Sclaven nichts. Durch dieses Gesetz, welches vom Kayser Alexander Severus herrührt, ist das ältere der Pandecten abgeändert worden, und folglich gilt das ältere Recht nicht mehr. Die Verfasser der Institutionen haben also gefehlt, daß sie gleichwohl die Pandecten excerpirt, anstatt die spätere Verordnung des Alexanders einzurücken [f]). Sollte die Erbeseinsetzung unter einer Bedingung abgefaßt seyn, und auf den Fall der Nichterfüllung ist ein anderer substituirt worden, so kann zwar der Erbe bis auf den Zeitpunkt der Nichterfüllung der Bedingung, den Besitz der Erbschaft suchen, er muß aber zur Sicherheit, daß er die Erbschaft an den Substituten herausgeben werde, wenn die Bedingung nicht erfüllt werden sollte, Caution bestellen. Ein Substitut

f) L. 3. C. de hered. instit. — Cum proponas, Alexandrum equitem testamento *primo* loco Iulianum, vt *libertum* suum, heredem *instituisse*, eique *substituisse* his verbis: quod si ex aliqua causa primus heres hereditatem meam adire *noluerit*, vel *non potuerit*: tunc in locum eius secundum heredem *substituo* Vitalem: post mortem autem testatoris Iulianum seruum communem fuisse defuncti militis et Zoili, fratris eius, apparuerit, an tu ex *substitutione admittaris*, voluntatis est quaestio. Nam si credens eum proprium et suum libertum heredem instituit, nec per eum ad alium quemquam hereditatem pertinere voluit: exstitit conditio substitutionis tibique hereditas delata est. Quodsi verba substitutionis subscriptae ad ius retulit, vt nisi per semet ipsum alium feciſſet heredem, (potuit enim, quamuis iubente domino, nolle adire), ita demum substitutus vocaretur, si tamen patuerit domino et adierit: substitutioni locus non est.

stitut genießt alle Rechte des eingesetzten Erben, an dessen Stelle er tritt. Wenn jedoch bey dem Erben eine Bedingung festgesetzt worden, aber bey dem Substituten nicht, so kann man nicht behaupten, es müsse die Bedingung auch auf ihn erstreckt werden g). So viel von der gemeinen Substitution. Was die pupillarische Substitution anbetrift, so kommen dabey sehr wichtige Wahrheiten vor h). Sie ist diejenige Art der Substitution, welche vom Vater auf den Fall geschieht, wenn sein Kind, welches er zum Erben eingesetzt hat, vor der Pubertät, das ist vor dem 14 oder 12 Jahre, nach Unterschied des Geschlechts versterben sollte. Die Pupillarsubstitution hat sowohl bey Kindern, als Enkeln und andern Descendenten statt, welche des Erblassers unmittelbare Erben sind. Nur der Vater ist berechtigt, pupillarisch zu substituiren, weil diese Substitution von den Römern, als ein mit der väterlichen Gewalt verbundenes Recht angesehen wurde. Daher sagen die Rechtslehrer, der Grund der pupillarischen Substitution ist die väterliche Gewalt i). Da nun die Mutter dieselbe nach römischen Rechte nicht hatte, so konnte sie auch nicht pupillarisch substituiren, sondern es ist bloß eine sogenannte fideicommissarische Substitution,

g) L. 73. D. de hered. inst. — Sub *conditione* herede instituto, si substituamus; *nisi* eamdem conditionem repetemus: pure eum heredem substituere intelligimus.

h) G. S. MADIHN D. de vera indole substit. pupill. tam iure veteri quam recent. Hal. 1759. rec. sub tit. Diatr. iur. ciu. vicissitudines substit. impuber. Hal. 1769.

i) WERNHER Obs. Tom. I. Part. V. Obs. 157. S. 1070. COCCEII Ius controu. h. t. qu. 10. STRVV Exerc. 33. th. 23. STOCKMANN D. ad. leg. 33. D. de pup. subst. Lips. 1779. Claproth von Testamenten S. 103.

stitution, welche ihr vergönnt worden [k]), und so darf auch der mütterliche Großvater dieses nicht. Selbst der Vater darf seinen Kindern nicht länger pupillarisch substituiren, als sie noch seiner väterlichen Gewalt unterworfen sind, sobald die väterliche Gewalt aufhört, fällt auch dieses große Vorrecht des Vaters weg. Einem emancipirten Sohne darf also der Vater nicht pupillarisch substituiren [l]). Darauf wird nicht gesehen, ob das Kind, dem der Vater pupillarisch substituiren will, bereits jetzt da er sein Testament macht, gebohren ist, oder nicht. Da ein Vater seine natürlichen Nachgebohrnen (postumos) zu Erben einsetzen muß, wie wir S. 479. gesehen haben; so hat er auch die Erlaubniß, ihnen zu substituiren. Denn die Gesetze nehmen an, sie wären bereits gebohren, und mithin der väterlichen Gewalt unterworfen. Seinen Nachgebohrnen kann der Vater jedoch nur alsdenn pupillarisch substituiren, wenn sie solche sind, die seiner väterlichen Gewalt unterworfen seyn würden, wenn sie jetzt schon, da die pupillarische Substitution geschieht, gebohren wären. Enkeln, deren Vater selbst noch lebt, kann der Großvater nicht anders pupillarisch substituiren, als unter der Bedingung, wenn ihr Vater vor ihm sterben sollte. Wenn also

der

k) L. 69. §. 2. D. de legat. II. RICHERZ D. variae quaest. circa test. aui mat. Giesae 1775. §. 1.

l) L. 2. pr. D. de vulg. et pup. subst. — Moribus introductum est, vt quis liberis *impuberibus* testamentum facere possit, donec *masculi* ad *quatuordecim* annos perueniant, *foeminae* ad *duodecim*. Quod sic erit accipiendum, *si sint in potestate*. Caeterum *emancipatis* non possumus. *Postumis* plane possumus. *Nepotibus* etiam possumus, et deinceps si qui sint recasuri in patris potestatem. Sed si eos patres praecedant, ita demum substitui potest, si heredes instituti sunt, vel exheredati.

der Großvater sowohl seinen Sohn, als auch den von ihm erzeugten Enkel, noch in seiner väterlichen Gewalt hat, so kann er auf den Fall, daß der Sohn sterben, oder auf eine andere Art von der väterlichen Gewalt befreyt werden sollte, seinen Enkeln vermittelst der Formel des **Velleischen** Gesetzes (S. 483) pupillarisch substituiren, und sagen m): mein Sohn J. soll mein Erbe seyn. Sollte er aber bey meinem Leben noch von meiner väterlichen Gewalt frey werden, und seine Söhne G. und H. als meine Enkel derselben unterworfen bleiben, so sollen diese meine Erben seyn. Sterben sie in ihrer **Unmündigkeit**, so substituire ich ihnen, den J. Diese Substitution ist **bedingungsweise** geschehen, nämlich auf den Fall, wenn der Großvater seine zeither gehabte väterliche Gewalt über seinen Sohn verliehren, aber über die Enkel behalten sollte. Enkeln, deren Vater noch lebt, kann nicht unbedingt pupillarisch substituirt werden, wenn auch dieser ihr Vater hierauf, noch vor dem Erblasser versterben sollte; denn sie würden, wenn der Großvater gleich nach verfertigtem Testament verstorben wäre, in ihres Vaters Gewalt gekommen seyn, mithin geht es hier nach der Catonianischen Regel, und das großväterliche Testament hat in Ansehung ihrer keine Kraft n). In Ansehung der pupillarischen Substitution der **adoptirten** und **arrogirten Kinder** ist folgendes zu bemerken. Da durch die Adoption und Arrogation die väterliche Gewalt erlangt wird, und die pupillarische Substitution eine Wirkung derselben ist, so kann ein Vater seinen unmündigen adoptirten oder arrogirten Kindern ebenfalls

m) Der Herr geheime Tribunalr. Höpfner über die Instit. S. 448.

n) Herr Prof. Westphal von Testament. S. 493.

falls pupillarisch substituiren, die Adoption oder Arrogation mag an Sohns, oder an Enkels Statt geschehen seyn (Handb. 3 Th. S. 530). Diese Substitution erstreckte sich aber bey dem Arrogirten freylich auf weiter kein Vermögen, als auf dasjenige, welches vom Erblasser selbst herrührt, über das eigne Vermögen des an Kindes oder Enkels Statt Arrogirten darf der Erblasser nicht disponiren o). Weil die Ursache der pupillarischen Substitution einzig und allein die väterliche Gewalt ist, und wer diese nicht über die Personen hat, von deren pupillarischen Substiturion die Rede ist, ihnen auch nicht pupillarisch substituiren darf, so kann man die Frage leicht beantworten, ob der Großvater seinen Enkeln auch alsdenn noch pupillarisch substituiren dürfe, wenn der Sohn durch Anstellung einer eignen Wirthschaft von der väterlichen Gewalt befreyt worden, und hierauf gestorben ist, mit Hinterlassung unmündiger Kinder. Diese Frage ist erst neuerlich sehr bestritten worden, als im Hannöverischen einige dergleichen Fälle vorgefallen. Der sel. Herr Canzler Böhmer, und dessen Herr Sohn, der Herr geheime Justizrath Böhmer, behaupteten, die Substitution sey gültig. Der Herr Consistorialrath Grupen behauptete aber das Gegentheil; das Oberappellationsgericht zu Zelle war eben dieser Meynung, und erklärte die Substitution für ungültig p), weil der Erblasser, wie es im Appellationsurthel hieß, in Ansehung der Kinder des

o) L. 2. pr. D. de vulg. et pup. subst. L. 10. §. 6. eod.

p) I. H. Boehmer D. de statu liber. sui iuris fact. per separ. oec. vel. nupt. G. L. Boehmer in Praef. ad b. Patr. Exerc. ad Pand. Tom. I. Grupen. Disc. for. S. 208. de Pufendorf Obs. Tom. III. Obs. 1. S. 6. Höpfners Comment. über die Instit. S. 449.

des durch Anstellung einer besondern Haushaltung vorlängst von ihm abgesonderten Sohnes, dazu nicht berechtigt gewesen. Nur solchen Kindern kann von ihrem Vater oder Großvater pupillarisch substituirt werden, welche noch nicht 14 Jahr alt, wenn es Söhne, und noch nicht 12 Jahr alt, wenn es Töchter sind, weil sie in diesem Alter selbst noch kein Testament machen dürfen, wie wir S. 285 gesehen haben q), und mithin der Vater den Verdruß hätte, daß sein Vermögen, welches seine unmündigen Kinder von ihm geerbt, vielleicht an schlechte Intestaterben falle. Erleben die Kinder dieses Alter, so hört die Kraft der pupillarischen Substitution auf. Auf eine kürzere Zeit, als auf den Anfang der Mannbarkeit kann jedoch die pupillarische Substitution gar wohl eingeschränkt werden; und so ist es auch erlaubt, zweyerley pupillarische Substitutionen mit einander zu verbinden; denn der Erblasser kann sagen: wenn mein Sohn vor dem 12 Jahre stirbt, so soll F. mein Erbe seyn, stirbt er aber nach dem 12 Jahre, so substituire ich ihm den K. r). So viel von den Personen, denen pupillarisch substituiret werden darf. Nun komme ich auf die Feyerlichkeiten derselben. Wer pupillarisch substituiren will, muß folgendes beobachten. Es kann nicht anders geschehen, als wenn er sich erst selbst einen Erben ernannt hat. Nach dem ältern römischen Rechte war der Vater, oder Großvater nicht schuldig, sein Kind zum Erben zu ernennen, sondern er konnte es enterben, und ihm gleichwohl

q) §. 8. Inst. de pup. subst. — *Masculo* igitur vsque ad *quatuordecim* annos substitui potest: *foeminae* vsque ad *duodecim* annos. Et si hoc tempus excesserint, substitutio euanescit.

r) L. 21. L. 38. §. 1. L. 35. §. 2. D. de vulg. et pup. subst.

wohl dennoch pupillarisch substituiren. Da aber Justinian in der 115 Nov. Cap. 3. befohlen, daß die Enterbung nicht anders erlaubt seyn solle, als mit Anführung einer von den 14 rechtmäßigen Enterbungsursachen, diese aber bey 14 oder 12-jährigen Kindern äußerst selten anwendbar sind, so kommen dergleichen Enterbungen fast gar nicht mehr vor. Gesetzt aber auch, die geschehene Enterbung müßte für ungültig erklärt werden, so würde zwar nun das enterbte Kind Erbe werden, demungeachtet aber die Pupillarsubstitution immer bey Kräften bleiben. Zu einer pupillarischen Substitution werden zweyerley Erbeseinsetzungen erfordert, denn derjenige Vater oder Großvater, der pupillarisch substituiren will, muß erst sich selbst einen Erben ernennen, und sodann kann nun auch die pupillarische Substitution, oder die Erklärung statt haben, wer alsdann Erbe seyn soll, wenn der Sohn in der Unmündigkeit sterben sollte. Dieser Umstand hat Gelegenheit gegeben, daß die römischen Gesetze sagen: eine pupillarische Substitution erfordere ein doppeltes Testament, nämlich erst komme dasjenige, worin der Vater seinen eigenen Erben ernenne; und sodann das andere, welches bestimme, wer alsdann die Erbschaft bekommen solle, wenn der im ersten Testament ernannte unmündige Erbe vor der Mündigkeit sterben sollte [s]). Auf diesen Satz sind verschiedene andere Wahrheiten gegründet worden. Man nennt deswegen die Erklärung des Erblassers, wer

s) §. 2. Inst. de pup. subst. — Igitur in pupillari substitutione secundum praefatum modum ordinata *duo* quodammodo sunt testamenta: alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset: aut certe vnum testamentum est duarum causarum, id est duarum hereditatum.

wer der Erbe seines unmündigen Kindes seyn solle, das zweyte Testament (secundae tabulae). Sehr oft machte auch ein Erblasser würklich zwey besondere Testamente. In dem ersten setzte er die Kinder zu seinen Erben ein, und verordnete alles übrige, was er von ihnen beobachtet wissen wollte. Einige Zeit nachher errichtete er das zweyte Testament, worin er einen Substituten auf den Fall ernannte, wenn sein Kind in der Unmündigkeit sterben sollte; und diesem Substituten schrieb er ebenfalls vor, was er zu befolgen habe, wenn er die Erbschaft bekommen werde. Entschloß sich nun Jemand, würklich zwey verschiedene Testamente zu machen, so erforderte es die Natur der Sache, daß er erst dasjenige Testament machte, worin er sich selbst einen Erben einsetzte, und sodann konnte er erst das Testament des Kindes errichten [t]). Mehrentheils wurde aber die pupillarische Substitution in einem Testamente vorgenommen, weil beides sehr wohl zu gleicher Zeit geschehen kann. In diesem Falle brauchten auch nur die Feyerlichkeiten eines Testaments beobachtet zu werden; daher durften nicht vierzehn Zeugen seyn, sondern nur sieben. Geschahe aber die Erbeseinsetzung besonders, und einige Zeit nachher erst die pupillarische Substitution, so mußten bey jedem Testament die vorgeschriebnen Solennitäten beobachtet werden. Hier kann das eine Testament schriftlich, das andere mündlich errichtet werden [u]), nur muß jedes seine eignen Feyerlichkeiten haben. Wenn die Erbeseinsetzung und

t) L. 2. §. 4. D. de vulg. et pup. subst. l. 16. §. 1. eodem.

u) L. 20. §. 1. D. de vulg. et pup. subst. — Si pater *sibi* per *scripturam*, *filio* per *nuncupationem*, vel contra, fecerit testamentum, valebit.

und die pupillarische Substitution in einem und ebendemselben Testamente geschahe, so fragten die römischen Juristen, ob der Erblasser zuerst seinen Erben ernennen müsse; und sodann erst den Substituten. Nach dem strengen Rechte behaupteten sie, müsse die Erbeseinsetzung vor der pupillarischen Substitution vorhergehen, weil diese allemal einen Erben voraussetze; aber nach der Billigkeit könne gegen ein Testament nichts eingewendet werden, wo die Substitution erst vorkomme, und sodann erst die eigentliche Erbeseinsetzung folge x). Daß übrigens der Vater, wenn er seinem unmündigen Kinde einen Substituten setzen wollte, sich schlechterdings auch einen Erben ernennt haben mußte, war deswegen nöthig, weil er nicht in Rücksicht auf seinen Erben die Intestaterbfolge eintreten lassen konnte, und dennoch seinem Kinde pupillarisch substituirt hatte. Die Substitution wurde allemal als eine Folge der Erbeseinsetzung angesehen, und konnte ohne dieselbe nicht statt haben. Wenn ein Vater sein Kind enterbt, und sich einen andern Erben ernennt hatte, so konnte er gleichwohl immer noch dem Kinde pupillarisch substituiren, wenn es gleich nichts von ihm bekam, aber diesem Substituten durfte er nur keine Vermächtnisse auflegen, weil Niemand schuldig ist, ein Legat auszuzahlen, wenn er von dem Testator nichts bekommen hat, wie wir im folgenden Paragraphen, bey der Lehre von Vermächtnissen sehen werden. Heutzutage wird die pupillarische Substitution eines enterbten Kindes nicht so

x) L. 2. §. 4. D. de vulg. et pup. subst. L. 2. §. 5. eod. — Sed si quis ita fuerit testatus: si filius meus intra quartum decimum annum decesserit, Seius heres esto: Deinde: filius heres esto: valet substitutio, licet conuersa scriptura filii testamentum fecerit.

so leicht vorkommen, weil ein Kind, das noch nicht 14 Jahr alt ist, sich einer rechtmäßigen Enterbungsursache nicht leicht schuldig machen kann, und ohne dieselbe die Enterbung ungültig ist. Höchstens bey einer Enterbung aus guter Absicht (exher. bona mente) ist der Fall möglich y). Wenn ein Vater seinen ehelichen und unehlichen Sohn zu Erben eingesetzt, und beide einander substituirt hat, nun stirbt der eheliche nach dem Vater, da die Mutter noch lebt, so wird dieses für keine pupillarische, sondern bloß für eine gemeine Substitution gehalten, weil die pupillarische Substitution bey unehelichen Kindern nicht statt findet, da es dem Erblasser an der väterlichen Gewalt über diese Kinder fehlt. Die Folge dieser Verordnung besteht darin, daß der eheliche Sohn für einen wahren Erben gehalten wird, und deswegen fällt nun die vom Vater erhaltene Erbschaft auf seine Mutter, und nicht auf das uneheliche substituirte Kind z). Was nun die Wirkungen der geschehenen pupillarischen Substitution betrift, so ist hiervon folgendes zu merken. Sie ist bisweilen eine wahre Substitution, bisweilen nur gewissermaßen, und dann und wann auch gar nicht. Eine wahre Substitution ist sie alsdann, wenn der Vater sein unmündiges Kind zugleich zu seinem Erben eingesetzt hat, und dieses doch kein eigenes Vermögen, z. B. nichts mütterliches hatte. Alsdann ist aber die vom Vater geschehene Substitution nur gewissermassen und zum Theil nach den Grundsätzen der pupillarischen Substitution zu betrachten, wenn das Kind eignes Vermögen hat, und zugleich vom Vater

y) Höpfners Comment. über die Instit. S. 448.

z) L. 45. pr. D. de vulg. et pup. subst.

zu seinem Erben eingesetzt wird [a]). Man nehme an, das unmündige Kind hätte 4000 Thl. von einer Pathe geerbt, und der Vater setzt es nun auch noch in 4000 Thl. von seinem Vermögen ein, substituirt ihm aber zugleich Jemanden. Jetzt ist die Substitution nur in Ansehung der vom Vater erhaltenen 4000 Thl. eine wahre pupillarische Substitution, aber nicht wegen der andern 4000 Thl., welche das Kind von seiner Pathe geerbt hat. Denn das Kind ist nur allein des Vaters erster Erbe in Rücksicht auf die von ihm erhaltenen 4000 Thl., aber nicht auch in Ansehung der von der Pathe erhaltenen 4000 Thl., folglich ist der Substitut auch nur der 2te Erbe des Vaters bey dem einen Capital, aber nicht bey dem andern, weil von diesem nicht gesagt werden kann, daß es von dem Vater herrühre. Endlich darf aber die väterliche Substitution alsdenn gar nicht, nach den Regeln von der Substitution beurtheilt werden, wenn das unmündige Kind von seinem Vater nichts geerbt, sondern lauter eignes Vermögen hat, und gleichwohl hat ihm der Vater Jemanden substituirt, denn in diesem Falle kann nicht gesagt werden, daß der Substitut des Vaters zweyter Erbe sey; und doch heißt dem Wortverstande nach derjenige ein Substitut, der an des andern Erben seine Stelle treten soll, wo aber Jemand gar keinen Erben hat, wie kann denn ein anderer an seine Stelle eintreten [b]). Diese Behauptung wird auch durch den Satz: die ausdrücklich genannte Substitution begreift die andere nicht genannte der Regel nach unter sich, nicht unterstützt. Von diesem Satze ist folgendes zu merken. Weil die Substitution, wie bereits S. 513 gesagt worden, außer

a) Höpfners Commentar über die Instit. S. 446.
b) MERENDA in Controu. lib. 4. c. 6.

außer andern Ursachen hauptsächlich um deswillen eingeführt worden, damit die Testamente bey Kräften bleiben, und die Intestaterben so lange wie möglich von der Erbfolge desjenigen, der ein Testament gemacht hat, ausgeschlossen werden mögen, so nahm man auch an: wenn gleich der Erblasser nur solche Worte bey der Substitution gebraucht habe, welche nur eine Art derselben ausdrücken, entweder die gemeine allein, oder die pupillarische allein, so müsse man dennoch glauben, er habe auch auf die andere zwar nicht ausdrücklich genannte Art substituiren wollen, und er habe nur um kurz zu reden, die eine Art namentlich angeführt c). Gesetzt der Vater hätte gesagt: Mein einziger Sohn A. soll mein Erbe seyn; sollte er aber nicht mein Erbe werden, so soll B. meine Erbschaft bekommen. Diesen Worten gemäß hat der Vater seinem Sohne nur auf die gemeine Art substituirt, und nicht pupillarisch, denn er sagt nichts von der Unmündigkeit seines Sohnes. Gleichwohl bekommt B. die Erbschaft, wenn der Sohn Erbe des Vaters geworden, aber noch vor dem 14. Jahre wieder gestorben ist; und er erhält sowohl das Vermögen des Vaters, als des Sohnes. Man nehme aber den andern Fall an, da der Vater seinem Sohne würklich pupillarisch substituirt, und z. E. gesagt hat: meinen einzigen Sohn A. setze ich zu meinem Erben ein, stirbt er aber vor dem 14. Jahre, so will ich ihm den B. substituirt haben. Gesetzt nun, der

c) L. 4. pr. D. de vulg. et pup. subst. — Iam hoc Iure vtimur ex D. Marci et Veri constitutione, vt cum pater impuberi filio in *alterum* casum substituisset, in *vtrumque* casum substituisse intelligitur, siue filius heres non extiterit et impubes decesserit. L. 4. C. de imp. et al. subst.

Sohn würde gar nicht Erbe des Vaters, sondern stürbe noch vor ihm: jetzt würde B. gleichwohl die Erbschaft bekommen [d]). Eine sehr bestrittene Frage ist hierbey: ob alsdann, wenn der Vater seinem noch nicht gebohrnen Kinde pupillarisch substituirt hat, und dieses wird hernachmals gar nicht gebohren, gleichwohl dennoch der Substitut die Erbschaft bekommen müsse. Die mehresten Rechtslehrer bejahen die Frage, aber eben so berühmte Ausleger verneinen sie. Zu Ciceronis Zeiten wurde der berühmte Proceß, welcher unter dem Namen iudicium Curianum bekannnt ist, über diesen Fall geführt [e]). Unter die mit der geschehenen pupillarischen Substitution verbundenen Würkungen, wovon ich S. 531 zu reden angefangen, gehört auch folgende. Sobald das Kind, dem der Vater pupillarisch substituirt hat, stirbt, ehe es mündig geworden, so wird der Substitut Erbe des Kindes, und schließt alle Intestaterben desselben aus, und selbst die Mutter bekommt nichts, weil der Vater ihr keinen Pflichttheil zu hinterlassen braucht, das Kind aber kein Testament gemacht hat. Einige Rechtslehrer wollen zwar diese Meynung nicht billigen, sondern behaupten, der Vater mache das Testament im Namen des Kindes, folglich müsse er auch die Pflichten des Kindes nicht aus der Acht lassen, das Kind sey aber seiner Mutter den Pflichttheil schuldig, und der Pflichttheil dürfe keinem Notherben auf keine Weise entzogen werden, wie L. 30 und

d) MADIHN Princ. Iur. Rom. P. IV. S 189. COCCEII Ius controu. lib. 28. tit. 6 qu. 10. VINNIVS ad Inst. in pr. tit. de pup. subst. n. 5. IDEM in quaest. sel. lib. 2. c. 24. BACHOV ad TREVTLER. Vol. 2. Disp. II. th. 8. lit. F.

e) Der Herr Domherr Püttmann in den Probab. lib. 2. S. 90 — 105. LEYSER Spec. 362. med. 6.

und 32. C. de inoff. test. verordne [f]). Darauf muß aber außer dem bereits angeführten geantwortet werden, nicht nur Ulpian sagt es im L. 8. §. 5. D. de inoff. test. ausdrücklich, sondern auch der Pabst Bonifacius der achte hat im c. 1. de test. in 6to [g]) erklärt, die Mutter sey nicht berechtigt den Pflichttheil zu fordern, wenn der Vater seinem Kinde pupillarisch substituirt habe, und diese Meynung billigen auch die größten Rechtslehrer [h]). Von der Regel, daß die Pupillarsubstitution auch die gemeine Substitution stillschweigend unter sich begreife, sind folgende Fälle ausgenommen. Nämlich wenn der Vater einen unmündigen und einen mündigen Sohn zu Erben eingesetzt, und den einen dem andern substituirt hat, so werden beide Substitutionen für gemeine gehalten. Will sich der Vater dieses nicht gefallen lassen, so muß er ausdrücklich dem unmündigen Sohne den mündigen auch auf den Fall substituiren, wenn jener zwar Erbe seyn, aber noch vor der Mündigkeit sterben sollte [i]). Hier kann die Regel deswegen nicht statt haben, weil solche Umstände eintreten, daß es nicht wohl angeht, die Verbindung beyder Arten der Sub-

f) BRVNNEMANN ad Leg. 8. §. 5. D. de inoff. test. HARPRECHT ad Inst. de pup. subst. n. 47. FINCKELTHAVS Obs. 29. n. 17.

g) c. 1. de testam. in 6to. — Licet autem filius in testamento suo matrem portione iure naturae debita privare non possit, pater tamen in testamento, quod filio *impuberi* facit potest.

h) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 189. de PVFENDORF Obs. Tom. III. Obs. 117. S. 315. DECIS. CASSELLANAE Tom. I. Dec. 66. CARPZOV Const. 8. Part. III. D. I. STRYCK Caut. test. c. 18. m. 2. §. 16.

i) L. 4. §. 2. D. de vulg. et pup. subst. L. 31. §. 1. eodem.

tion anzunehmen, sondern vielmehr ein stillschweigendes Verboth des Erblassers vermuthet werden muß. Eben so wird wegen des vermutheten Willens des Testators unter der gemeinen Substitution die pupillarische alsdann nicht als stillschweigend mit begriffen, wenn das Kind und die Mutter zu Erben eingesetzt, dem Kinde aber ein Fremder substituirt worden. Wurde nun das Kind zwar Miterbe der Mutter, starb aber in der Unmündigkeit, so bekam der Substitut des Kindes nichts, sondern die Mutter erbte von dem Kinde als Intestaterbin. Nur alsdann, wenn die Mutter vor ihrem Kinde gestorben war, so bekam der auf die gemeine Art dem Kinde substituirte Erbe das Vermögen k). Und so wurde auch die gemeine Substitution auf die pupillarische alsdamm nicht, als stillschweigend darunter begriffen, ausgedehnt, wenn dieselbe einem Unmündigen und einem Fremden, welche beide zugleich Erben seyn sollten, zusammen geschehen war. Denn weil der Substitut dem Fremden bloß auf die gemeine Art substituirt seyn konnte, und gleichwohl die dem Unmündigen geschehene Substitution damit verbunden und zugleich genannt war, so mußte man auch hier nur eine gemeine Substitution annehmen l). Aus dem Satze: das väterliche Testament ist die Hauptsache, und des Sohnes Testament bloß die Nebensache, folgen wichtige Wahrheiten. Zum Beyspiel, weil des Vaters Testament die Hauptsache ist, womit zugleich das Testament des Kindes, dem der Vater pupillarisch substituirt hat, besteht, oder ungültig wird, nachdem das väterliche Testament besteht oder seine Kraft verliehrt, so

k) L. 9. C. de inst. et subst. sub cond.
l) L. 4. C. de impub. et al. substit.

so gilt auch die pupillarische Substitution nicht mehr, wenn der Erbe des Vaters die Erbschaft nicht antritt, sondern sich von derselben lossagt. Läßt er sich aber wieder in den vorigen Stand setzen, und nimmt nun die Erbschaft des Vaters an, so erlangt auch die pupillarische Substitution ihre Gültigkeit wieder. Anders verhält es sich jedoch alsdenn, wenn der Vater sein Kind selbst zum Erben eingesetzt hat, und dieses will die Erbschaft nicht annehmen. Hier gilt die pupillarische Substitution dennoch m). Gesetzt das Kind dem der Vater zugleich pupillarisch substituirt hat, hätte sich von des Vaters Erbschaft deswegen los gesagt, weil mehr Schulden als Vermögen vorhanden waren. Nachher erbte es von Jemanden anders. Dieses Vermögen wollten nun die Schuldner des Vaters zu ihrer Befriedigung angreifen. Hier gehen sie zu weit, denn durch die Lossagung von der väterlichen Erbschaft ist das Kind von aller Verbindlichkeit, des Vaters Schulden zu bezahlen, frey worden. Endlich stirbt das Kind. Jetzt bekommt der pupillarisch Substituirte zwar die Erbschaft, weil es der Vater einmal in seinem letzten Willen verordnet hat; aber er muß auch die Schulden des Erblassers bezahlen, denn jetzt wird das beyderseitige Vermögen als unzertrennlich angesehen, und der Substitut kann nicht blos Erbe des Kindes, aber nicht des Vaters seyn wollen. Wenn des Vaters Testament, und dasjenige, worin der Vater seinem Kinde pupillarisch substituirt hat, zu verschiednen Zeiten gemacht worden, und bey dem letztern ist ein Fehler, welcher eine Ungültigkeit nach sich zieht, vorhanden, so gilt zwar das väterliche Testament,

m) L. 2. §. 3. D. de vulg. et pup. substit. L. 28. D. de reb. auct. iud. poss.

aber nicht das letztere, worin die pupillarische Substitution enthalten ist, und so fällt auch die pupillarische Substitution weg, wenn der Substitut gegen das väterliche Testament den Besitz der Güther nach dem Edict verlangt n). Der Regel nach fällt oder besteht also die pupillarische Substitution, nachdem das väterliche Testament besteht, oder ungültig ist. Nur einige Ausnahmen kommen vor. Z. B. wenn das Kind nicht nach dem Testament erben will, sondern nach der Intestaterbfolge. Hier bleibt die pupillarische Substitution dennoch bey Kräften o). Der Vater kann seinem Kinde auch solche Personen pupillarisch substituiren, die er sich selbst nicht zu Erben ernennen könnte. Ein durch Blutschande gezeugtes Kind, kann von seinem Vater nicht zum Erben eingesetzt werden, aber pupillarisch darf er es seinen andern Kindern substituiren. Jetzt bekommt zwar das substituirte Kind von des Vaters Vermögen nichts, aber doch des Kindes Vermögen. Nach dem Julischen Gesetz konnte ein Ehegatte den andern nur in dem zehnten Theile oder einigen Zehnteln zum Erben einsetzen, aber pupillarisch substituiren konnte der Vater seine Frau seinem unmündigen Kinde, und sie bekam wenigstens das Vermögen des Kindes p). So war es auch möglich, daß derjenige, der in des Vaters Testament zum Erben eingesetzt, und zugleich dem Kinde substituirt worden, zur Zeit des Todes des Testators, zur Strafe nicht sein Erbe seyn durfte, und gleichwohl konnte er als Substitut die Erbschaft bekommen, weil jetzt die Hinderniß aufgehört hatte. Und

n) L. 22. D. de vulg. et pup. subst. L. 44. eod.

o) L. 2. §. 1. D. de vulg. et pup. subst. L. 34. §. 2. eod.

p) L. 6. D. de vulg. et pup. sub.

Und so konnte es auch umgekehrt kommen, daß Jemand zur Zeit des Todes des Erblassers erbfähig war, nach dem Tode des Kindes, dem er substituirt worden, aber nicht q). Die Ausschließung von des Vaters Erbschaft, hindert nicht die Antretung der Erbschaft des Kindes, als Substitut: und die Fähigkeit, die Erbschaft als Substitut antreten zu können, hebt die Unfähigkeit nicht auf, welche zur Zeit des Todes des Erblassers vorhanden war. Hat der Vater seine Kinder einander substituirt, und dabey erklärt, daß dem zuletzt verstorbenen der A substituirt seyn soll, so wird der A so lange ausgeschlossen, bis alle Kinder gestorben sind r). Hätte der Testator eben dieses bey seinen sämmtlichen unmündigen Kindern gesagt, und sie sterben nun beyde zu gleicher Zeit, so bekommt der Substitut ebenfalls das ganze Vermögen. Verstirbt aber einer nach dem andern, so bekommt der Substitut des zuerst verstorbenen Erbtheil nicht, sondern nur die Erbportion des letztern s). Die Vermächtnisse fallen auch hinweg, welche dem Substituirten des zuerst verstorbenen aufgelegt waren. Die Vertheilung des Vermögens des Unmündigen, unter seine Substituten, geschieht auf eben die Art, wie es geschehen würde, wenn der Unmündige sich selbst ein Testament gemacht hätte. Sollten aber die Substituten zugleich in des Vaters Testament zu Erben eingesetzt worden seyn, und zwar in ungleichen Erbportionen, so müssen sie sich auch auf diese Art in das Vermögen des Unmündigen thei-

q) L. 11. D. de vulg. et pup. subst.

r) L. 25. l. 37. l. 41 §. 7. D. de vulg. et pup. subst.

s) L. 34. pr. D. de vulg. et pup. subst. l 9. pr. D. de reb. dub. l. 42. D. de vulg. et pup. subst. l. 10. C. de pup. et al. subst.

theilen [t]). Die Substitution kann bedingt und unbedingt eingerichtet werden. Wie das in der Note [u]) angeführte Gesetz sagt, war es geschehen, daß der Testator die Bedingung beygefügt hatte, daß wenn der Bruder des Unmündigen nicht des Testators Erbe werden würde, der Substitut das Vermögen des Unmündigen bekommen sollte. Nun war der Bruder zur Zeit des Todes des Vaters dessen Erbe geworden, hatte aber hierauf die Erbschaft nicht mehr. Und deswegen wurde entschieden, die Substitution trete jetzt ein, weil zur Zeit des Todes des Unmündigen der Bruder nicht mehr seines Vaters Erbe war. Da es nicht erlaubt ist, daß der Testator seinen eingesetzten Erben nur etwas von seinem Vermögen hinterläßt, und das übrige sodann die Intestaterben bekommen, so ist dieses auch alsdenn nicht erlaubt, wenn Jemand pupillarisch substituirt hat. So viel von der pupillarischen Substitution. Mit derselben hat die sogenannte quasipupillarische, oder exemplarische, oder Justinianeische Substitution viel ähnliches [x]). Sie ist durch folgende Umstände veranlaßt worden. Wenn Eltern Kinder hatten, die wegen Mangel des gehörigen Verstandes, kein Testament machen durften (S. 267), die Eltern also sahen,

t) L. 10. pr. D. de vulg. et pup. subst.

u) L. 31. §. 1. D. de V. et P. S. — Non simili modo in hac specie dicendum est, si quis cum filios duos haberet, Gaium puberem, et Lucium impuberem, ita filio substituisset: si Lucius filius meus impubes decesserit, neque mihi Gaius filius heres erit, tunc Seius heres esto. Nam ita prudentes hoc interpretati sunt, vt ad impuberis mortem conditio substitutionis esset referenda.

x) Illustr. MADIHN in Opusc. vicissitudines substitutionis exemplaris eiusque veram indolem continens, Hal. 1775.

sahen, daß ihr Vermögen, nach dem Tode dieser Kinder auf unwürdige Intestaterben kommen würde, so bathen sie den Kayser um die Erlaubniß, Namens ihrer verstandlosen Kinder ein Testament machen zu können. Man machte hier eine Anwendung von dem Falle, daß der Vater vermöge seiner väterlichen Gewalt seinen unmündigen Kindern ein Testament machen könnte. Diese Erlaubniß ertheilten die Kayser gemeiniglich den Eltern. Endlich verordnete Justinian, es brauchten die Eltern solcher unglücklichen Kinder, nicht erst bey ihm darum zu bitten, Namens der Kinder ein Testament machen zu dürfen, sondern alle Eltern, die dieses Unglück hätten, sollten dazu berechtigt seyn y). Diese neue Art der Substitution wurde nun die quasipupillarische oder exemplarische genannt, weil sie viel ähnliches mit der eigentlichen pupillarischen hatte; die Justinianeische Substitution aber nennte man sie deswegen, weil vom Justinian eine Aenderung dabey eingeführt worden. Man versteht also eine solche Substitution darunter, wenn Eltern Namens ihrer rasenden, völlig verstandlosen, stummen, oder tauben Kinder, ein Testament machen, und ihnen einen Erben ernennen. Ueberhaupt genommen, wird zwar alles das dazu erfordert, was bey einer jeden Substitution zum Wesen derselben erfordert wird z); sie weicht aber doch besonders von der pupillarischen Substitution in folgen-

y) L. 43. pr. D. de vulg. et pup. substit. — Ex facto quaeritur: qui filium habebat *mutum* puberem: impetrauit a principe vt *muto* substituere ei liceret: et substituit Titium. Mutus duxit vxorem post mortem patris. Et nascitur filius. Quaero: an rumpatur testamentum. Respondi beneficia quidem principalia ipsi principes solent interpretari. Verum voluntatem principis etc.

z) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. §. 192.

folgenden Stücken ab. Erstlich setzt sie voraus, daß Eltern ein Kind haben, welches eines Naturfehlers wegen, kein Testament machen kann, und es daher höchst wahrscheinlich ist, es werde sterben, ohne sich selbst ein Testament gemacht zu haben. Zweytens wird bey dieser Substitution nicht die väterliche Gewalt, als der Grund derselben angesehen, sondern die elterliche Liebe zu ihren Kindern. Da nun beyde Eltern gleiche Liebe zu ihren Kindern haben, so verstattete Justinian sowohl dem Vater, als der Mutter ihren Kindern auf diese Art zu substituiren, und dehnte dieses Recht auch auf die männlichen und weiblichen Descendenten aus [a]). Wenn Vater und Mutter zugleich am Leben, und beyde quasipupillarisch substituiren wollen, so behaupten einige Rechtslehrer, der Vater gehe hier vor, andere sagen, jeder Theil habe ein gleich starkes Recht, daher der Vater in seinem Vermögen, und die Mutter ebenfalls in dem ihrigen substituiren könne. Diese letzte Meynung hat zwar wider sich, daß der Regel nach, zweyerley Testamente über das Vermögen einer und ebenderselben Person nicht zugleich gelten können; da aber dennoch der Prätor bisweilen mehrere Testamente zugleich aufrecht erhielt, und aus ihnen zugleich den Besitz gab, wie wir bey der Materie vom prätorischen Erbrechte hören werden, so ist die Behauptung derjenigen Rechtslehrer wohl die gegründetste, welche beyden Eltern zugleich das Recht geben, ihrem blödsinnigen Kinde, das sich kein Testament machen kann,

a) L. 9. C. de imp. et al. subst. — Humanitatis intuitu *parentibus* indulgemus, vt si filium, nepotem, vel pronepotem cuiuscunque sexus habeant, nec alia proles descendentium eis sit, — liceat iisdem parentibus — his substituere, vt occasione huiusmodi substitutionis ad *exemplum* pupillaris etc.

kann, in Rücksicht des von jedem besonders herrührenden Vermögens, auch für sich allein substituiren zu können [b]). Hat das Kind noch anderes Vermögen, welches nicht von den Eltern herrührt, so wollen einige Rechtslehrer dieses wieder blos des Vaters Substituten zukommen lassen, andere aber behaupten, es müsse unter beyderley Substituten getheilt werden. Drittens wird bey einem blödsinnigen Kinde auf kein Alter gesehen, sondern, wenn es noch so alt ist, so geht die Substitution an. Viertens ist in Ansehung der Personen, welche die Eltern ihren verstandlosen Kindern substituiren wollen, vorgeschrieben, daß vor allen Dingen die Kinder und Descendenten derselben substituirt werden sollen. Es kann der Fall seyn, daß der Blödsinnige, ein, zwey, drey Kinder hat. Bey dergleichen Fällen befiehlt Justinian, daß entweder, alle, oder einige, oder eins von den Kindern eingesetzt werden sollen. Nun entsteht die Frage, wenn nur eins eingesetzt worden, können die übrigen enterbt werden? Dieses leugnen die Rechtslehrer, und wollen die übrigen wenigstens im Pflichttheile eingesetzt wissen, wenn nicht etwa eine rechtmäßige Enterbungsursache bey einem Kinde vorhanden seyn sollte [c]). Nach den Descendenten des Blödsinnigen müssen die Eltern und Ascendenten zu Erben eingesetzt werden. Justinian sagt dieses zwar nicht ausdrücklich, aber man muß es mit Grunde als vorgeschrieben annehmen, weil die Eltern den Geschwistern bey der Intestaterbfolge vorgehen, wie es in der 118 Novelle festgesetzt worden. Nach den Eltern kommen

b) Herr Prof. Westphal von Testam. S. 561. Höpfners Comment. S. 432.

c) Herr Prof. Westphal von Testam. S. 561. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 193.

men die Geschwister. Unter den Geschwistern sind nur diejenigen zu verstehen, welche ein Recht zur Intestaterbfolge haben, denn Justinian hätte gewiß etwas darüber bestimmt, wenn er hier eine Ausnahme beobachtet wissen wollen. Wenn der Blödsinnige weiter keine von den genannten Anverwandten hat, als nur denjenigen, der ihm substituirt, so kann der Testator zum Erben ernennen, wen er will. Die Rechtslehrer werfen die Frage auf, ob diese quasipupillarische Substitution bloß bey blödsinnigen Kindern statt habe, oder auch bey allen andern, die unfähig sind, sich selbst ein Testament zu machen, nämlich bey Rasenden, Tauben, Stummen, bey Verschwendern. Sehr viele von ihnen [d]) wollen es bloß bey Blödsinnigen verstatten, da sie nur von Justinian genannt worden; aber in den höchsten Gerichten dehnt man dieses Recht auch auf die Tauben, Stummen, Rasenden, und gerichtlich für Verschwender Erklärten aus [e]). Die Würkungen, welche mit dieser Art der Substitution verbunden sind, kommen mit den Folgen der übrigen Arten der Substitutionen mehrentheils überein. Der Substitut bekommt das Vermögen der Eltern und des unglücklichen Kindes. Sind ihm Vermächtnisse aufgelegt worden, so muß er sie bezahlen, kurz es geht hier eben so, wie bey der gemeinen und pupillarischen Substitution. Der Substitut verliehrt sein Recht alsdann, wenn das blödsinnige Kind seinen Verstand erhält, oder überhaupt selbst fähig geworden

d) Illustr. ZEPERNICK ad BECK. de NOV. LEON. S. 133. VINNIVS ad Inst. h. t. n. 3.

e) LAUTERBACH Coll. theor. pract. h. t. §. 42. STRUV Exerc. 33. th. 36. ibique MÜLLER. Höpfners Comment. S. 453. Claproth von Testam. S. 110.

worden ist, ein Testament zu machen. Bey Verschwendern fällt die Substitution weg, wenn sie die Verwaltung ihres Vermögens wieder bekommen haben; und bey Taubstummen, wenn sie ihre Gedanken deutlich erklären können; oder wenn sie heyrathen, und Kinder bekommen. Haben die blödsinnigen Kinder wieder solche Kinder, so erstreckt sich die pupillarische Substitution der Eltern auch auf diese. Die Rechtslehrer f) werfen die Frage auf, ob der Vater einem blödsinnigen Kinde, und den übrigen, welche hierher gerechnet werden, auch pupillarisch substituiren könne? Da dieses Recht dem Vater in Ansehung derselben nicht genommen ist, so muß man es allerdings behaupten, und so kann auch die pupillarische und quasipupillarische Substitution miteinander verbunden werden. Eine andere Frage welche hier vorkommt, besteht darin, ob die blödsinnigen Kinder auch enterbt werden können, und wenn sie enterbt worden, ob es alsdann auch noch erlaubt sey, ihnen quasipupillarisch zu substituiren. Einige Rechtslehrer g) behaupten es; andere wollen nur die pupillarische Substitution für erlaubt halten, und sie sind auch der Meynung, es sey hier keine andere Enterbung erlaubt, als welche in guter Absicht (bona mente) geschehen sey. Diese letzte Meynung halte ich für gegründet, denn wie kann ein blödsinniger, oder ein taubstummer Mensch sich einer von den 14. vom Justinian festgesetzten Enterbungsursachen schuldig machen h). Wir haben S. 512. gesehen, daß es auch

f) Herr Prof. Westphal von Testamenten S. 563.

g) TOVLLIEV D. vtr. filio exheredato possit exempl. substitui, in Coll. n. 14. S. 366. STRYCK Caut. test. c. 18. m. 3. §. 15.

h) COCCEII Iur. contr. h. t. qu. 22. WALCH Introd. in contr. iur. S. 187. BACHOV ad TREVTL. Vol. I. Disp. 11. th. 11.

auch eine sogenannte fideicommissarische Substitution giebt. Man nennt die Substitution alsdann eine fideicommissarische, wenn sie in solchen Ausdrükken abgefaßt ist, deren man sich bey Fideicommissen bedient. Der Erblasser sagt z. B.: wer von meinen Erben zuletzt versterben wird, dem trage ich auf, entweder meine ganze Erbschaft, oder so und so viel davon, an den N. abzutreten [i]). Im eigentlichen Verstande ist dieses keine Substitution, sondern vielmehr ein Fideicommiß, wovon wir in der Folge reden werden. Endlich giebt es auch noch eine militarische Substitution. Da diese aber nicht anders verstanden werden kann, als wenn man weiß, worin der letzte Wille eines Soldaten von den Testamenten solcher Personen abgeht, welche keine Soldaten sind, die Soldatentestamente aber unter die privilegirten Testamente gehören, von denen in einem besondern Paragraphen gehandelt werden soll, so kann ich auch erst dort von der militarischen Substitution das wichtigste anführen. Zum Beschluß der ganzen Lehre von der Substitution überhaupt, will ich noch folgendes anmerken. Die Substitution überhaupt ist ohnstreitig von der den römischen Bürgern durch die Gesetze der 12 Tafeln ertheilten uneingeschränkten Gewalt zu testiren herzuleiten [k]). Man wollte dadurch 1) die Intestaterbfolge ausschließen, 2) bey verschuldeten Erblassern vermeiden, daß sie nicht ohne Erben stürben, 3) die Fortsetzung des Familiengottesdienstes befestigen. Eine jede Art der Substitution, erfordert erst eine Erbeseinsetzung, ehe sie statt haben kann. Nothwendige Erben können nicht vermittelst der

i) L. 87. §. 2. D. de legat. II. L. 57. §. vlt. D. ad Sct. Trebell.

k) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 182.

der Substitution eingesetzt werden; auch werden sie alsdann nur dadurch willkührliche Erben, wenn die Substitution auf den Fall des Nichtwollens geschehen ist. Sie bleiben aber nothwendige Erben, wenn sie auf den Fall des Nichtkönnens eingesetzt sind. Wenn die gegenseitige Substitution (substit. reciproca) auf die Art geschehen ist, daß jeder Miterbe gleiche Theile bekömmt, so wird sie gleichförmig genennt (vniformis); ungleichförmig aber heißt sie, wenn die Theile, welche die wechselseitigen Substituten bekommen sollen, nicht eben so sind, worin sie zu Erben ernennt worden. Die gegenseitige Substitution (substitutio reciproca) war nach römischem Rechte deswegen nöthig, weil sonst der Fiscus den Theil der Erbschaft bekam, der keinen Erben hatte. Nach neuern Rechten ist sie aber nicht mehr nöthig, weil nach diesen das Anfallsrecht eingeführt ist (ius accrescendi). Ist Jemand unter einer Bedingung substituirt worden, und er stirbt vor erfüllter Bedingung, so hört damit zugleich sein Recht auf. Zur Geschichte der Substitutionen gehört folgendes. Die Kayser Marc. Aurelius und Lucius Verus (Handb. 1. Th. S. 514.) entschieden die berühmte Streitigkeit zwischen dem Juristen Q. Mucius Scävola, und Lucius Crassus; ob die Substitution, welche auf den Fall, wenn der Erbe nicht Erbe seyn wird, geschehen ist, auch auf den andern Fall, wenn er während der Unmündigkeit verstirbt, auszudehnen sey; und umgekehrt; ob die Substitution, welche auf den Fall geschehen ist, wenn er in der Unmündigkeit sterben wird, auch auf den Fall, wenn er nicht Erbe seyn wird, auszudehnen sey, oder nicht, dahin; daß allerdings der eine Fall, der in der Pupillarsubstitution ausgedrückt sey, den andern nicht ausgedrückten mit in sich schließen solle. So viel über die dunkele

Lehre von Substitutionen; bey der Erläuterung der Rechte und Pflichten eines eingesetzten Erben, wird noch manches damit in Verbindung stehendes vorkommen.

§. 7.

Von Vermächtnissen überhaupt.

Fast in den mehresten Testamenten werden Vermächtnisse hinterlassen (S. 198. 208. 212. 220. 225. 229. 233. 238. 240. 249. 252. 256. 260.); da nun der Erblasser bey Bestimmung derselben ebensowohl als bey der Erbeseinsetzung die gesetzlichen Vorschriften beobachten muß, und diese von der Erbeseinsetzung sehr abweichen, so will ich nunmehro auch hiervon das wichtigste anführen [l]). Das Wort Vermächtniß (legatum) wird in Gesetzen, sowohl im objectivischen, als auch im subjectivischen Sinne (Handb. 1. Th. S. 6.) gebraucht. Im subjectivischen Verstande heißt Vermächtniß ein letzter Wille, worin der Erblasser Jemanden befehlsweise zu seinem besondern Nachfolger erklärt. Muß aber das Wort Vermächtniß objectivisch verstanden werden, so heißt es eine einzelne Sache, welche vom Erblasser Jemanden in seinem letzten Willen befehlsweise hinterlassen worden [m]). Herr Hofr. Claproth trägt S. 249. von Testa-

l) Herr Hofrath Claproth von Testamenten. S. 249 Höpfners Commentar über die Institut. S. 487, MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 243. BODINVS D. de commun. Doctorum erroribus circa legata, Hal. 1710. RAMOS Prael. in tit. D. de legatis, in MEERM. THES. Tom. VII. S. 270. LEYSER Spec. 379. de legatis in genere.

m) L. 116. D. de legat. I. — Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod vniuersum heredis foret, alicui quid legatum velit. §. 1. Inst. de legat. — Legatum est donatio quaedam a defuncto relicta, ab haerede praestanda.

Testamenten folgenden Begriff des Worts Vermächtniß vor: ein Vermächtniß ist eine letzte Willensverordnung, wodurch der Erblasser seinem Testaments- oder gesetzlichen Erben, oder auch einem Vermächtnißnehmer, Fideicommissarius auflegt, einen bestimmten Theil der Erbschaft, oder eine gewisse körperliche oder unkörperliche Sache oder auch Summe Geldes, u. d. g. einem andern nach seinem Tode abzutreten, oder etwas zu leisten. So wie überhaupt auf richtige und deutlich bestimmte Begriffe alles ankömmt, wenn man eine Menge zusammenhängende Wahrheiten richtig vortragen und gemein faßlich machen will, so wird dieses hauptsächlich bey der Erläuterung der Rechtswahrheiten von Vermächtnissen erfordert. Wer genau einsehen will, was in Gesetzen unter einem Vermächtnisse verstanden wird, muß folgendes bemerken. Die Rechtslehrer unterschieden bey einer Erbschaft den Ausdruck, pars quota, und pars quanta sehr genau. Pars quota heißt ein solcher Theil einer Erbschaft, der bloß beziehungsweise bestimmt werden kann, weil in jedem besondern Erbschaftsfalle das Verhältniß dieses Theils zum Ganzen wovon die Rede ist, angegeben werden muß. Z. B. wenn der Erblasser sagte: A. soll in einem Viertel meines Vermögens Erbe seyn, B. aber in zwey Vierteln. Hier muß die Größe der Viertel nach der ganzen Erbschaftsmasse bestimmt werden, denn dadurch erfährt man, wie viel jeder bekömmt. Der Herr von Leyser sagt [n]): pars quota est pars per diuisionem determinanda. Unter pars quanta versteht man aber in der bürgerlichen Rechtsgelehrsamkeit einen solchen Theil der Erbschaft, der schon für

n) Leyser Spec. 361. med. 3. Höpfners Comment. S. 489.

sich allein bestimmt ist, ohne daß man erst das Verhältniß gegen das Ganze zu wissen braucht. Es drückt dieses Wort ebenfalls das aus, was man im gemeinen Leben eine Summe, eine Quantität nennt; z. E. 100 Scheffel Weitzen, ein Stück Wein, 500 Thlr. Ein Erbe und ein Vermächtnißnehmer sind nun eben dadurch von einander unterschieden, daß der Erbe eine pars quota der ganzen Erbschaft bekömmt; der Vermächtnißnehmer aber erhält allemal nur eine pars quanta. Wie wichtig dieser Unterschied ist, sieht man alsdenn erst ein, wenn man weiß, was für Rechte und Pflichten der Erbe hat, und was für Rechte hingegen dem Vermächtnißnehmer zukommen. Nachdem dieses erinnert worden, so komme ich auf die Erklärung der einzelnen Rechtswahrheiten von Vermächtnissen selbst. Wegen der erstaunend grossen Menge dieser einzelnen Wahrheiten, wird die ganze höchst verwickelte und dunkele Lehre, nicht anders deutlich, als wenn man erst diejenigen Grundsätze vorträgt, welche in Ansehung aller und jeder Arten von Vermächtnissen überhaupt zu bemerken sind, und sodann erläutert man die Grundsätze von den besondern Arten derselben. Die allgemeinen Wahrheiten von Vermächtnissen fassen die Beantwortung folgender Fragen in sich; 1) was für Sachen können vermacht o) werden? 2) wer kann etwas vermachen? 3) wem kann man etwas vermachen? 4) wem kann ein Vermächtniß aufgelegt werden? 5) wer bekommt den erledigten Antheil eines Vermächtnisses? 6) wie geschieht die Erwerbung eines Vermächtnisses, sowohl über-

o) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 247. a BEAVFIN D. ad leg. 40. D. de legat. I. in BRANCHV Obs. ad Ius Rom.

überhaupt, als insbesondere in Ansehung des Vermächtnisses mit einem Anhange? 7) was für Verbindlichkeiten sind mit einem Vermächtnisse verbunden? 8) was für Klagen kann ein Vermächtnißnehmer anstellen? 9) wenn wird ein Legat ungültig? 10) was für Rechte geben die Vermächtnisse einem Erben? Erstlich fragt sich also, was für Sachen vermacht werden können? Diese Frage läßt sich durch eine allgemeine Antwort nicht genau bestimmen, sondern man muß die verschiednen Arten der juristischen Sachen (Handb. 4 Th. S. 3) der Reihe nach durchgehen, um festzusetzen, was vermacht werden darf, und wo es nicht erlaubt ist. Ueberhaupt genommen können zwar alle Sachen, die schon existiren oder doch mit der Zeit existiren werden, vermacht werden; es mögen körperliche oder unkörperliche Dinge seyn, wenn sie nur der Legatarius an sich bringen darf, und dieses kann er alsdenn, wenn die vermachte Sache ein Gegenstand des Handels und Wandels für ihn ist, das heißt wenn er sie kaufen kann p). Diese Regel hat aber sehr viele Ausnahmen. So war es bey den Römern nicht anders erlaubt, Baumaterialien, welche in Wohn- und Wirthschaftsgebäuden, Lusthäusern, Gallerien, Bädern u. s. f. zum beständigen Gebrauch befestigt worden, Jemanden zu vermachen, als mit der Bedingung, wenn sie etwa in der Folge sollten abgesondert worden seyn. Hatte der Erblasser diese Bedingung nicht ausdrücklich dazu gesetzt, so galt das Vermächtniß nicht, wenn auch die Sache, zu der Zeit, da das Vermächtniß gefordert werden konnte, wenn es gültig gewesen wäre, würklich abgesondert gewesen seyn sollte. Denn es gieng hier nach

p) §. 4. et 7. Inst. de leg. L. 39. §. 8. L. 40. D. de legat. I. L. 49. §. 2. D. de legat. II.

der Catonianischen Regel; eine letzte Willensverordnung die anfangs nicht gilt, wird auch niemals in der Folge zu Recht beständig. Man verboth diese Art von Vermächtniße deswegen, damit die Gebäude so viel möglich erhalten werden sollten, und desto weniger galt ein Vermächtniß, ganze Gebäude niederzureißen. Doch ließ man ein Vermächtniß bereits verbauter Baumaterialien auch alsdenn gelten, wenn der Erblasser das Legat zum Besten eines öffentlichen Baues ausgesetzt hatte. Der Erbe wurde gestraft, wenn er ein Gebäude durch Herausnehmung der Baumaterialien ruinirte, weil er das verbotene Vermächtniß würklich leistete q). Andere befestigte Dinge, die man nicht unter die Baumaterialien rechnet, konnten vermacht werden, z. B. Gemählde, eingefaßte Juweelen, Bilder von geschlagener, gegoßener, oder getriebener Arbeit, welche man in Rom, auf das Speise- und Trinkgeschirr heftete (emblemata). Unter die Sachen, welche bey den Römern vermacht werden konnten, gehörten auch solche Dinge, die im Rechtsverstande ein Ganzes ausmachen (vniuersitates iuris et rerum); z. B. das Peculium, eine Heerde Vieh, das Hausgeräthe, alle Sclaven, entweder eines Guthes, oder nach einer andern Bestimmung. Hatte der Erblasser eine gewisse Gattung von Sachen, z. E. alle Knechte mit ihrem Peculium vermacht, so bekam der Legatarius auch die Knechte, die kein Peculium hatten. Wenn eine Heerde Vieh vermacht worden, so rechnete man auch die Jungen dazu, und das Vermächtniß bestand, so lange nur noch ein Stück da war. War eine Bibliothek, oder das Silberzeug

q) L. 21. §. 2. L. 41. §. 1—13. L. 43. §. 1. D. de legat. III. l. 114. §. 9. D. de legat. I.

berzeug vermacht worden, so gehörten die Bücher- und Silberschränke nicht dazu [r]). Vermachte der Erblasser alle Mägde mit ihren Kindern, sie hatten aber keine Kinder, oder die Mägde waren nicht mehr da, sondern nur die Kinder, so bekam der Vermächtnißnehmer was da war, denn ein Irrthum in der Beschreibung schadete hierbey nicht [s]). Waren zwey Hengste vermacht worden, diese fand man aber nicht in der Verlassenschaft, sondern zwey Stuten, so bekam der Legatarius diese, weil das weibliche Geschlecht immer unter dem männlichen mit verstanden wird, aber nicht umgekehrt. Der Jurist Pomponius hielt es für eine Sache von übeln Folgen, wenn das männliche Geschlecht mit unter dem weiblichen verstanden werden sollte [t]). Wenn ein Stück Vieh vermacht worden, und hierauf crepirt war, so durfte der Legatarius zwar nicht das Fell oder das Fleisch fordern, aber doch das Talg. Bestand das Vermächtniß in einem Grundstück, so mußte der Legatarius sich die darauf liegende Servitut gefallen lassen, wenn nicht der Erblasser es frey zu machen erklärt hatte. War dieses geschehen, so mußte es frey gemacht werden, oder er bekam wenigstens eine Ver-

r) L. 17. D. de auro arg. leg. L. 21. l. 22. l. 52. pr. de legat. I. L. 65. pr. de legat. II. §. 18. Inst. de legat. L. 52. de legat. III.

s) L. 62. de legat. I. §. 17. Inst. de legat. l. 35. §. 1. et 2. de legat. III.

t) L. 45. D. de legat. II. — Si ita sit scriptum: filiabus meis centum aureos do, an et masculini generis et foeminini liberis legatum videatur? Nam si ita scriptum esset, filiis meis hosce tutores do: responsum est, etiam filiabus tutores datos esse: quod non est ex contrario accipiendum vt filiarum nomine etiam masculi contineantur: *exemplo enim pessimum est, foeminino vocabulo etiam masculos contineri.* L. 62. 81. pr. de legat. III.

gütung dafür. Wenn von zwey Personen jeder ein Haus vermacht worden, und von dem einen Hause war auf das andere etwas herübergebaut, so hielt man die Servitut nicht anders für zugleich mitvermacht, als wenn solches ausdrücklich oder stillschweigend vom Erblasser erklärt worden, indem er z. B. gesagt, ich vermache dem N. das Haus so wie es gegenwärtig ist. Es konnte jedoch dieses Recht auch nur auf die Person des Legatarius eingeschränkt werden, welches bey Kindern vermuthet ward, nur daß man den Gebrauch auch auf den Schwiegersohn ausdehnte, wenn der Tochter das Vermächtniß ausgesetzt worden u). Wenn ein Haus vermacht worden, so wurde alles was auf Grund und Boden stand, dazu gerechnet; ausgenommen, wenn der Erblasser zwey aneinander stoßende Häuser besessen, und durchbrechen lassen, um eines oder mehrere Zimmer zu gebrauchen. Diese gehörten nun zu dem andern Hause als ein Theil desselben, und gleichsam als ein Ueberbau (Handb. 4. Th. S. 515.). Gehörten dem Erblasser zwey Grundstücke, und er vermachte dem A. den Niesbrauch des einen, das andere aber dem B. eigenthümlich, und A. konnte auf das seinige nicht anders kommen, als wenn er über das dem B. eigenthümlich vermachte Grundstück, gieng, so mußte der Erbe das Recht darüber zu gehen kaufen, und dem A. verschaffen. Kaufte der Erblasser Grundstücke von verschiedenen Eigenthümern, und vermachte das eine Grundstück Jemanden, so wie er es gekauft, so bekam dieser das andere nicht auch zugleich mit, es müßte denn der Erblasser beyde gemeynt haben, welches

u) L. 49. pr. de legat. II. L. 69. §. 3. L. 70. L. 116. §. f. de legat. l. l. 48. 75. pr D. de evict. L. 66. §. 6. 7. de legat. II. L. 1. 6. D. de seru. legata.

ches z. B. alsdenn angenommen wurde, wenn er sie beyde nur mit einem Namen nennte, und diesen Ausdruck auch bey dem Vermächtniß brauchte x). Eine Sache konnte auch dergestalt vermacht werden, daß der Legatarius dafür eine bestimmte Summe an den Erben bezahlen solle. Hatte der Erblasser eine gewisse Sache vermacht, jedoch etwas davon ausgenommen, z. B. das Haus ohne den daran befindlichen Garten, und das Haus hatte keinen Garten, so bekam der Legatarius deswegen doch das ganze Haus y). War Jemanden vom Erblasser alles, was sich von seinen Sachen in Rom befand, vermacht worden, so rechnete man auch das dazu, was in Gebäuden außer der Stadt aufbewahret wurde, ferner alles das, was mit seinem Wissen und Willen, noch vor seinem Tode nach Rom gebracht worden, nicht weniger diejenigen Sachen, welche deswegen dahin gebracht worden, daß sie sicher seyn sollten; wie auch die verliehenen, oder zum beständigen Gebrauch daselbst befindlichen Sachen z). Hatte der Erblasser eine gewisse Gattung von Sachen vermacht, die bey seinem Tode, auf einem gewissen Guthe, wozu sie eigentlich bestimmt waren, befindlich seyn würden, und nun zeigte sichs, daß diese Dinge auf einem andern Guthe waren, so gehörten sie dennoch zu dem Vermächtnisse; außer wenn eine Sommerweyde (saltus aestiuus) mit allen Sachen, die da zu seyn pflegten, vermacht worden, so gehörte bloß das Vieh, welches für beständig da war, mit zum Vermächtniß, aber nicht dasjenige, was bloß des Sommers, oder des

x) L. 31. L. 44. §. 9. de legat. I. L. 15. §. 1. D. de vsu et vsufr. L. 91. § 3. de legat. III.

y) L. 72. L. 81. §. 5. L. 122. §. 2. de legat. I.

z) L. 84. de legat. III. L. 39. D. de auro arg. leg.

des Winters da zu seyn pflegte. Ueberhaupt nimmt man an, wenn der Erblasser es nicht deutlich gesagt hat, oder es ist sonst völlig gewiß, daß ein Vermächtniß darauf eingeschränkt sey, wenn es sich bey seinem Tode da und da befinde, dieses sey weiter nichts als eine Anzeige, woher das Vermächtniß genommen werden soll. Es mögen sich also die Sachen befinden wo sie wollen, so bekommt sie der Legatarius [a]). Ließ der Testator bey seinem Leben Sachen auf ein Guth seiner Frau bringen, und nun setzte er seine Frau nebst andern zum Erben ein, und erklärte in seinem Testament: er wisse, daß seine Frau weder Gelder noch andere Sachen von den seinigen unter ihrem Vermögen habe, daher wolle er sie in dieser Absicht nicht beunruhigt wissen; so nahm man diese Erklärung nicht anders für ein Vermächtniß dieser auf ihrem Guth befindlichen Sachen an, als wenn es auch noch aus andern Umständen gewiß wurde, der Mann habe ihr solche vermachen wollen [b]). Auch Handlungen gehören unter die Sachen, welche Jemanden vermacht werden können; z. B. des andern seine Schulden zu bezahlen, ihm das und das machen zu lassen [c]). Die vermachte Handlung kann entweder dem Erben selbst aufgelegt werden, oder demjenigen der das Vermächtniß entrichten soll; oder der Erblasser will, daß

a) L. 84. §. 10. L. 96. pr. de legat. I. L. 75. §. 3. de legat. II. L. 78. §. 1. 2. 3. 7. L. 82. 99. §. 3. L. 102. pr. §. 1. de legat. III.

b) L. 34. §. 3. D. de legat. III.

c) §. 2. Inst. de legat. — Sed et tale legatum valet: damnas esto heres meus domum illius reficere, vel illum aere alieno liberare. L. 113. §. 5. de legat. I. — Ineptas voluntates defunctorum circa sepulturam, (veluti vestes, aut si qua alia superuacua vt in funus impendantur), non valere, Papinianus lib. 3. resp. scribit.

daß ein dritter die Handlung leisten, und der Erbe schuldig seyn soll, sie zu bezahlen. Wenn aber eine Handlung als Vermächtniß gelten soll, so muß sie erlaubt, und dem Vermächtnißnehmer nützlich seyn. Verbothene oder lächerliche Handlungen können nicht vermacht werden [d]). So viel von den Sachen, welche vermacht werden können. Bey der Erklärung der besondern Gattungen der Vermächtnisse wird noch weit mehr vorkommen. Nun fragt sichs; wer kann etwas vermachen? Dieses kann ein Jeder, der berechtigt ist, ein Testament zu machen [e]), oder auf eine andere weniger feyerliche Art seinen letzten Willen zu erklären befugt ist. Hier kommen alle diejenigen wieder vor, welche S. 266. u. f. angeführt worden sind. Daß übrigens derjenige, der mehr schuldig ist, als er im Vermögen hat, keine Vermächtnisse aussetzen könne, braucht wohl nicht erst gesagt zu werden. Vermächtnisse sind Schenkungen. Wenn ein solcher, deßen Andenken nach dem Tode, wegen eines begangnen Verbrechens, vertilgt wurde, einen letzten Willen gemacht, darin Legate ausgesetzt hatte, und diese waren auch bereits bezahlt worden, so mußten sie wieder herausgegeben werden [f]). Ich gehe zur dritten Frage über, wem kann etwas vermacht werden? Da die Legate in letzten Willensverordnungen ausgesetzt werden, so kann auch nur solchen Personen etwas vermacht werden, die aus einem letzten Willen etwas erwerben können. Alles was

S.

d) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 247. LICHTWEHR D. de factis legatis Vit. 1748.

e) L. 2. D. de legat. I. Sciendum est, eos demum fideicommissum posse relinquere, qui testandi ius habent.

f) L. 66. §. 1. D. ad Leg. Falcid. L. 68. D. ad Sctm. Trebell. L. 17. D. de mort. causa don. L. 15. C. de legat. L. 76. §. 9. D. de legat. II.

S. 364. u. f. von der Erbfähigkeit, und den verschiednen Zeitpuncten, wo sie vorhanden seyn muß, gesagt worden, gilt auch hier g). Es kann also auch ungewissen Personen, wenn sich die Ungewißheit nur sicher heben läßt, etwas vermacht werden; desgleichen dem Herrn Christo, den Engeln, Märtyrern, den Armen, erlaubten Gesellschaften und Städten h). Obgleich unfähigen Personen nichts vermacht werden darf, so erlaubt man ihnen dennoch die nothdürftigsten Alimente zu hinterlassen i). Bey der Person desjenigen, dem etwas vermacht worden, kommt alles darauf an, daß er recht deutlich bestimmt ist. Denn die Ungewißheit bey letzten Willensverordnungen ist äusserst schädlich; läßt sich daher nichts gewisses herausbringen, so gilt das Vermächtniß nicht; z. B. wenn mehrere Personen da sind, welche einerley Namen führen. So wollte das römische Recht ein Vermächtniß nicht gelten lassen, wenn der Erblasser gesagt hatte: wer von meinen Verwandten aufs Capitolium gehen wird, und nun waren zwey zugleich hinauf gegangen; oder er hatte gesagt: wer mir ein Grabmal errichten wird, und es hatten es mehrere gethan; oder wenn dem ältesten unter den Anverwandten etwas vermacht worden, und der Erblasser hatte mehrere Anverwandte

g) §. 24. Inst. de legat. — Legari autem solum illis potest, cum quibus testamenti factio est.

h) STRAVCH D. de incertis personis. GROLLMANN D. de legato collegio relicto.

i) L. 11. D. de alim. vel cib. leg. — Is, cui annua alimenta relicta fuerant, in metallum damnatus, indulgentia principis restitutus est. Respondi, eum et praecedentium annorum recte cepisse alimenta, et sequentium deberi ei.

wandte von einem Alter [k]). Nach dem alten römischen Rechte bis auf den Justinian konnte auch keinem Nachgebohrnen eines Fremden (posth. alien.) etwas vermacht werden, weil er für eine ungewisse Person gehalten wurde; ja nicht einmal der Vater konnte seinem Nachgebohrnen etwas vermachen, wenn es nicht ein solches Kind war, das mit der Geburt seiner väterlichen Gewalt unterworfen wurde. Justinian änderte dieses alles ab, und erlaubte Nachgebohrnen überhaupt, und ungewissen Personen, wenn sie nur herausgebracht werden konnten, etwas zu vermachen, wie ich bereits gesagt habe. Einem Sclaven durfte bey den Römern nicht anders etwas vermacht werden, als unter der Bedingung, wenn er die Freyheit erlangen würde. Wenn es der Erblasser nicht gewußt, daß er einem Sclaven etwas hinterlassen, sondern er hatte ihn für einen freyen Menschen gehalten, so galt das Vermächtniß nicht. Eben so ungültig war das Vermächtniß, welches der Erblasser dem Sclaven seines Erben hinterlassen hatte, denn der Sclave konnte nichts eigenes haben, und der Erbe bekam folglich das Vermächtniß. Nur alsdenn bekam der Sclave das Vermächtniß, wenn der Erblasser ihm etwas vermachte, auf den Fall, daß er seine Freyheit erhalten sollte [l]). War bey den Römern einem Kriegsgefangenen etwas vermacht worden, und er starb in der Gefangenschaft, so galt das Vermächtniß nicht; wurde er aber frey, so mußte es ihm abgeliefert werden. Heutzutage bekommt ein Kriegsgefangner das Vermächtniß, wenn

k) L. 10. pr. D. de reb. dubiis, L. 3. §. 7. D. de adim. l. transfer. legat.

l) L. 89. D. de hered. inst. L. 12. §. 2. L, 102. 103. 107. §. 1. de legat. I. L. 11. pr. D. de legat. II. L. 11. §. 16. de legat. III. L. 4. C. de legat.

wenn er nur den Erblasser überlebt. Wenn einem Unfähigen ein Vermächtniß hinterlassen worden, und der Erblasser erklärte dabey, er habe ihm das Legat zur Erkenntlichkeit für eine gehabte Bemühung hinterlassen, so galt ein solches Vermächtniß nicht eher, als bis die Bemühung bewiesen worden. Dieses verlangte man deswegen, damit nicht Vermächtnisse in fraudem legum (Handb. 1. Th. S. 86.), das heißt die Gesetze zu hintergehen, hinterlassen werden möchten; denn wäre man hierbey nicht strenge gewesen, so hätte der Testator jedem Unfähigen etwas hinterlassen können, wenn er nur dabey angeführt, es geschehe zur Vergeltung für gehabte Bemühungen. Alsdenn konnte jedoch einem Unfähigen etwas als Vermächtniß hinterlassen werden, wenn der Testator verordnete, daß er es wieder an Jemanden anders abgeben sollte [m]), denn nun bekam er ja im Grunde nichts. Nur Soldaten hatten das Vorrecht, daß sie Verbrechern, die auf eine Insel geschickt worden, ein Legat aussetzen durften. Vermachte Jemand den Bürgern der Stadt etwas (S. 558.), so wurde das Legat als der ganzen Stadt vermacht angesehen. Auch blos einem Theile der Stadt war es erlaubt, etwas zu vermachen, was zum Nutzen oder Zierde derselben gereichte [n]). Unerlaubten Gesellschaften konnte zwar kein Vermächtniß hinterlassen werden; doch war es erlaubt den einzelnen Mitgliedern solcher verbotenen Gesellschaften ein Vermächtniß auszusetzen (S. 396.). Wenn einer erlaubten Gesellschaft ein Vermächtniß hinterlassen worden, so kann

m) L. 101. D. de legat. I. L. 37. §. 6. L. 38. de legat. III.

n) L. 7. §. 1. D. de legat. II. L. 2. D. de reb. dub. L. 32. §. 2. D. de legat. I.

kann der Erblasser zugleich bestimmen, wie das Vermächtniß verwendet werden soll. Schon die Römer setzten Legate zu Erziehungsanstalten (S. 225) aus, und beschämten dadurch unsere sogenannten Erzieher, die zwar ihren Beutel durch Erziehungsanstalten zu bereichern suchen, aber sobald es nichts einträgt, die Sache sogleich aufgeben o). Hat der Erblasser einer Stadt etwas zu einer unerlaubten Absicht vermacht, so soll die Obrigkeit und der Erbe sich vereinigen, wozu sonst das Legat angewendet werden könne. Sollte die Stadt das ausgesetzte Vermächtniß, einige Zeit über nicht dazu angewendet haben, wozu es vermacht worden, so kann der Erbe das Vermächtniß deswegen nicht einziehen, sondern drauf dringen, daß es nach dem Willen des Erblassers angewendet werde p). Wenn ein Vermächtniß einem Fähigen und einem Unfähigen zugleich ausgesetzt worden, so bekömmt der Fähige nur die Hälfte, und die andere Hälfte fällt an den Erben. So lange die Fähigkeit eines Vermächtnißnehmers streitig ist, bleibt das Legat bey der ganzen Erbschaft; wird ihm aber die Fähigkeit zugesprochen, so muß ihm das Legat ausgeantwortet werden q). Ist mehrern zusammen ein Vermächtniß hinterlassen worden, so bekommt jeder der Regel nach nur seinen Antheil; und es darf nicht jeder das ganze verlangen. Sind Unfähige darunter, so werden diese dennoch mitgezählt, weil die Theile

o) L. 20. D. de reb. dub. L. 117. D. de legat. I. — Si quid relictum sit ciuitatibus, omne valet: siue in distributionem relinquatur, siue in opus, ue siin alimenta, vel *in eruditionem* puerorum, siue in aliud.

p) L. 16. et 17. D. de vsu et vfr. — fid. dat. L. 21. §. 3. D. de ann. legat.

q) §. 24. Inst. de legat. L. 55. D. de legat. II.

Theile nach der Verordnung des Testaments eingerichtet werden sollen. Hat hingegen der Erblasser von mehrern, jedem besonders eine und eben dieselbe Sache hinterlassen, und es ist klar, daß der Testator dem zuerst genannten dadurch das Legat wieder genommen, und es nur dem letztern gegeben habe, so bekommt er es auch allein. Sollte aber der Erblasser offenbar jedem eben dieselbe Sache vermacht haben, so bekommt einer die Sache, und der andere die Bezahlung dafür; und hier hat derjenige die Wahl, der zuerst die Ablieferung verlangt, doch darf er nun seine Meynung nicht wieder ändern, und das andere fordern. Stirbt aber der eine Vermächtnißnehmer eher, als er sein Legat fordern konnte, so fällt die Sache dem Ueberlebenden allein zu, und er kann nicht etwa auch den Werth verlangen r). Hat Jemand seinen Kindern ein Legat hinterlassen, so werden auch die Nachgebohrnen dazu gerechnet, weil wir die Regel haben: Kinder die noch im Mutterleibe sind, werden für bereits gebohren gehalten, sobald sie einen Vortheil davon gehabt haben würden, wenn sie bereits gelebt hätten (Handb. 2 Th. S. 54). Kommen die Nachgebohrnen aber nicht lebendig zur Welt, so gehört den lebenden Kindern das ganze Vermächtniß allein s). So wie ein Irrthum in der Benennung des Erben nicht schadet, wenn es nur sonst klar ist, wen der Erblasser gemeynt hat (S. 422); so muß auch der Vermächtnißnehmer deswegen immer sein Legat bekommen, wenn sich gleich der Erblasser geirrt hat, man weiß aber gewiß, wen

r) L. 34. §. 9. 15. D. de legat. I. L. 33. eod. L. 81. §. 8. L. 121. eod. L. 20. de legat. III.

s) L. 15. L. 16. §. 2. L. 17. pr. D. de legat. I.

wen er gemeint hat [t]). Ein Vermächtniß kann auch einem eingesetzten Erben zum voraus hinterlassen werden. Er bekommt dasselbe bey der Erbschaftstheilung, ohne daß es ihm auf seinen Antheil angerechnet werden darf. Und ein dergleichen Vorausvermächtniß bleibt auch alsdenn gültig, wenn der Miterbe die Erbschaft ausschlägt, oder wenn er nur der einzige Erbe ist, und ihm auf den Fall, daß er die Erbschaft angenommen, das Legat nichts geholfen hätte, weil er doch so alles bekommen müßte [u]). Ist den Töchtern ein Vermächtniß hinterlassen worden, so bekommen die Söhne nicht auch etwas davon, denn hier gilt die Regel nicht: daß wenn gleich das eine Geschlecht nur ausgedruckt worden, das andere dennoch stillschweigend darunter verstanden werde (S. 553). Dem Vormunde, der seine Pflegbefohlne geheyrathet hat, ohne Rechnung abgelegt zu haben, darf von dieser seiner Frau kein Vermächtniß ausgesetzt werden; wohl aber darf er ihr eines hinterlassen [x]). Obgleich einem bereits Verstorbenen kein Vermächtniß hinterlassen werden darf, so geht es doch an, in seinem letzten Willen zu sagen: ich vermache dem Herrn N. und B. oder wer von ihnen mich überleben wird 1000 Rthlr. Sollte mehrern Personen zusammen etwas vermacht worden seyn; z. B. der Erblasser hätte gesagt: dem A vermache

t) §. 29. Inst. de legat.

u) L. 34. §. 1. D. de legat. II. L. 17. §. 2. L. 18. L. 68. pr. §. 1. D. de legat. I.

x) L. 128. D. de legat I. — Si tutor pupillam suam contra Sctm vxorem duxit. *illa* quidem ex testamento eius capere potest, *ipse* autem non potest: et merito; delinquunt enim hi, qui prohibitas nuptias contrahunt, et merito puniendi sunt; quod imputari non potest mulieri, quae a tutore decepta est.

ich mein Haus, und dem B noch überdieses meinen Garten, so bekommt er dennoch vom Hause die Hälfte y). Wenn der Testator mehrern Miterben eine Sache vermacht hat, so geschieht die Theilung dieses Vermächtnisses nicht nach ihren Erbschaftsantheilen, sondern nach der Zahl der Personen. Hat der Erblasser seinen sämmtlichen Erben aufgelegt, ihrem einen Miterben, so und so viel als ein Vorausvermächtniß zukommen zu lassen, so muß dieser sich darauf so viel abrechnen lassen, als auf seinen Antheil kommt z). Hat der Erblasser dem A eine bestimmte Sache, z. B. sein Ritterguth, und sodann dem B. Sachen überhaupt, mit dazu gesetzter Beschreibung, z. E. die ich vom F. gekauft habe, vermacht, und nun findet sichs, daß unter diesen Dingen auch die vorher bereits allein vermachte Sache angetroffen wird, so bekommt dennoch der B. keinen Antheil am Guthe, weil die Gesetze annehmen, es sey nicht wahrscheinlich, daß der Erblasser dem A. welcher nur eine einzelne Sache vermacht bekommen, durch das spätere Legat dieselbe wieder nehmen wollen a). Der Erblasser kann mehrere Personen anführen, denen der Erbe ein Vermächtniß auszahlen soll, und es ihm dabey überlassen, welchem davon er das Legat zukommen lassen will. Stellt nun der Erbe einem davon das Vermächtniß zu, so können die übrigen genannten Personen nichts weiter fordern. Giebt er aber keinem nichts, so können sie alle klagen: sterben einige davon nachher, so treten ihre Erben für sie auf, nur muß nicht eher geklagt worden seyn, als der

y) L. 24. 25. 26. D. de hered. instit. L. 13. D. de legat. III.

z) L. 67. L. 104. §. 3. 4. 5. L. 116. D. de legat. I.

a) L. 41. §. 3. D. de legat. III.

der Erbe schuldig war, das Vermächtniß abzuliefern. Ist es völlig dem freyen Willen des Erben anheim gestellt, wem er etwas geben will, so kann er einen Unwürdigen den übrigen Würdigen vorziehen. Hätte aber der Testator gesagt: es soll einer von den genannten Personen gegeben werden, so darf er die Würdigen den Unwürdigen nicht nachsetzen [b]). Und so mußte alsdenn, wenn der Erblasser verordnet hatte, der Erbe solle dem einen Freygelassenen zehen als ein Vermächtniß bezahlen, er hatte aber mehrere Freygelassene, und nicht gesagt, welchen er gemeint, so bekamen sie alle mit einander das Vermächtniß [c]). So viel von der Frage, wem kann ein Vermächtniß hinterlassen werden. Eine andere damit in der genauesten Verbindung stehende Frage ist folgende: wer kann mit einem Vermächtnisse beschwert werden, oder wer ist schuldig Vermächtnisse auszuzahlen? Bey Beantwortung dieser Frage nehmen die Rechtslehrer den Satz an: Jeder dem der Erblasser etwas von seinem Vermögen hinterlassen hat, da er doch gar keine Verbindlichkeit dazu hatte, ist schuldig, sobald er die hinterlassene Sache angenommen, das zu leisten, was ihm auferlegt worden. Hierher gehören Erben und Vermächtnißnehmer [d]). Aber mehr als Jemand selbst bekommen hat, darf ihm nicht aufgelegt werden. Ist Jemanden eine Sache von einem bestimmten Wer-

b) L. 7. §. 1. D. de reb. dub. L. 94. D. de legat. III. L. 16. 24. D. de legat. II.

c) L. 17. §. 1. de legat. II. — Si haeres damnatus esset, *decem vni* ex libertis dare, et non constituerit cui daret: haeres *omnibus eadem decem* praestare cogendus est.

d) L. 5. §. 1. D. de legat. III. L. 77. §. 1. de legat. II. L. 1. §. 6. D. de legat. III. Maiansius ad leg. 5. §. 1. D. de legat. III. in Diss. T. I et II.

the vermacht worden, und nun soll er eben so viel davon abgeben, so hat er doch wenigstens den Vortheil des Besitzers, oder gewinnt vielleicht durch die Vereinigung dieser Sache mit einer andern [e]). Wenn einem Erben, der nur eine Unze der Erbschaft bekommen hatte, auferlegt worden, ein Grabmahl errichten zu lassen, welches auf 400 Ducaten kostete, die Unze betrug aber nicht so viel, so mußten die übrigen Erben nach Verhältniß ihrer Erbportionen beytragen [f]). Hat der Erblasser Jemanden mehr an Vermächtnissen aufgelegt, als er selbst bekommen hat, so ist er nicht mehr schuldig zu leisten, als was er selbst erhalten hat; mithin kann er auch nicht angehalten werden, etwas zu leisten, wovon man gar nicht einmal weiß, wie viel es kosten wird [g]). Wenn das Geleistete so viel beträgt, als man von dem Erblasser bekommen hat, so ist man zu weiter nichts verbunden, man müßte denn mit Vorsatz Schaden verursacht haben; doch muß man seine Klage auf jeden Fall demjenigen abtreten, zu dessen Besten etwas gethan oder gegeben werden sollte [h]). Der Erblasser hat die Freyheit, wenn er mehrere zu seinen Erben eingesetzt, oder verschiedenen Personen ein Legat vermacht hat, nur einem davon aufzulegen, wieder etwas davon abzugeben; und wenn er gleich in der Folge diese Vermächtnisse wieder anführt, und braucht dabey solche Worte, als gehe seine Rede an die sämmtlichen Erben oder Vermächtnißnehmer; so bleibt es doch bey der ersten Verordnung. Sollte er aber,

e) L. 54. de legat. II. L. 114. §. 8. de legat. I.
f) L. 42. D. de legat. III.
g) L. 114. §. 3. de legat. I.
h) L. 8. pr. L. 77. pr. de legat. II. L. 108. §. 12. de legat. I.

aber, da er mehrere zu seinen Erben eingesetzt hat, keinen besonders genannt haben, daß er die Vermächtnisse auszahlen solle, ob er gleich nur überhaupt sagte: mein Erbe, so sind sie dennoch alle schuldig, die Legata nach Proportion ihrer Erbschaftsantheile auszuzahlen i). Aber nach bereits geschehener Theilung sind die übrigen Miterben nicht verbunden, den fehlenden Antheil zu ergänzen, wenn ein Miterbe nicht im Stande seyn sollte, seinen Theil beyzutragen k). Ist dem Legatarius etwas auf die Art hinterlassen worden, daß das nämliche Vermächtniß bey jedem Miterben aufs neue wiederhohlt ist, so ist auch jeder schuldig es für sich allein abzuführen, wo er nicht zu beweisen im Stande ist, der Testamentserrichter habe durch die Wiederhohlung eine Aufhebung des Legats in Ansehung der vorigen Miterben machen, und die Leistung desselben dem letztern allein auflegen wollen. Nimmt ein Miterbe die Erbschaft nicht an, und es liegen auf seinem Erbschaftsantheile Vermächtnisse, so sind die übrigen Miterben schuldig diese Legate zu bezahlen l). Wenn mehrere Miterben ein Legat wechselseitig abtragen sollen, indem der Erblasser gesagt hat, A. oder B. soll dem C. 500 Rthlr. als ein Vermächtniß auszahlen, so haftet jeder für das Ganze, und es steht bey dem Legatarius, nur von dem Einen das ganze Vermächtniß zu fordern. Dieses Recht geht so weit, daß, wenn er auch gleich schon den einen Theil von dem Einen gefordert hat, oder selbiger hat

i) L. 41. §. 1. de legat. III. L. 23. §. 1. de legat. II. L. 98. de legat. III. L. 49. §. 3. de leg. II.

k) L. 33. pr. D. de legat. II.

l) L. 44. §. 1. D. de legat. II. L. 61. L. 91. §. 3. de legat. I.

ihm bereits diesen Theil von freyen Stücken zugestellt, so kann er nachher doch immer auch noch den andern fordern [m]). Hatte der Erblasser Jemanden Geld zur Verwahrung übergeben, oder es war ihm Jemand ein Capital schuldig, und er erklärte, dieses Geld nach seinem Absterben an den und den abzuliefern, so wurde dieses für eine Art von Fideicommiß gehalten, und so genommen, als habe der Testator den Erben ersucht, den dieser Forderung wegen habenden Anspruch zu erlassen. Klagte der Erbe gleichwohl auf die Bezahlung, oder Ablieferung, so schützte der Schuldner die Einrede des Betrugs vor. Dieser Fall wird ein nützliches Fideicommiß genennt. Für ein ähnliches Fideicommiß wird es gehalten, wenn der Erblasser gesagt hätte; der Titius soll von meinen Erben 200 Rthlr. bekommen, wenn er vorher 100 Rthlr. an den Sempronius ausgezahlt haben wird [n]). Alsdenn werden keine Vermächtnisse abgetragen, wenn der Erblasser seinem nächsten Intestaterben dieselben durch ein Codicill aufgelegt hat, dieser schlägt aber die Erbschaft aus, und deswegen kommt sie nun auf den folgenden nächsten Anverwandten. Eine Ausnahme von dieser Rechtsregel fand jedoch alsdenn statt, wenn der Patron in dem ihm durch die Gesetze angewiesenen Erbtheile eingesetzt, und ihm zugleich Vermächtnisse aufgelegt worden, er schlug aber die Erbschaft aus, und nun kam sie an den folgenden Intestaterben. Dieser mußte die Vermächtnisse auszahlen; aber der Patron war nicht verbunden, von dem ihm gehörigen Erbschaftsantheile

m) L. 25. pr. D. de legat. III. L. 8. §. 1. D. de legat. I.

n) L. 77. L. 84. pr. §. 1. de legat. I.

antheile Vermächtnisse abzutragen o). War der unter der väterlichen Gewalt stehende Sohn, oder ein Sclave zum Erben ernannt, oder es war ihm wenigstens ein Legat ausgesetzt worden, so verstattete das römische Recht, dem Vater oder Herrn desselben ein Fideicommiß aufzulegen, so wie auch hier der Abzug des Falcidischen Viertels erlaubt wurde. Wenn der Erblasser seinem Erben, und einem andern, der es nicht war, ein Legat aufgelegt hatte, so mußte der Erbe das Vermächtniß allein bezahlen. Dieses war er deswegen zu thun schuldig, weil alsdenn, wenn der Testator würklich mehrere Erben eingesetzt hatte, es schlugen aber einige die Erbschaft aus, dennoch derjenige Erbe, der die Erbschaft angenommen hatte, die vollen Vermächtnisse auszahlen mußte p). Sollte der Testator, bey einem ganz deutlich bestimmten Vermächtniß, die Worte gebraucht haben: Wenn es mein eingesetzter Erbe für gut finden wird, so darf er sich deswegen nicht weigern, die Vermächtnisse zu bezahlen. Der Erblasser hat hierdurch weiter nichts als ein gutes Zutrauen in seine Willfährigkeit und Ehrlichkeit angezeigt, keinesweges ihm aber das Recht geben wollen, die Vermächtnisse auch nicht zu bezahlen, wenn er nicht wolle q). Ist unter mehrern Miterben, einem und dem andern die Verbindlichkeit aufgelegt worden, Vermächtnisse von ihren Antheilen auszuzahlen, so sind sie auch allein schuldig dazu beyzutragen, und nicht alle Erben miteinander, sondern diese können nur alsdenn zu einem Beytrage,

o) L. 1. §. 9. 10. de Legat. II. L. 103. pr. §. 1. de legat. III. L. 28. de legat. II.

p) L. 16. §. 1. D. de legat. I. L. 11. eod. L. 62. D. de legat. II.

q) L. 75. pr. de legat. I. L. 76. §. 5. de legat. II. L. 11. §. 7. 8. L. 41. §. 13. L. 43. de legat. III.

nach Proportion ihres Erbantheils angehalten werden, wenn alle Erben vom Erblasser genannt worden r). Da Niemand anders mit Vermächtnissen vom Erblasser beschwert werden darf, als derjenige, welcher würklich etwas von ihm aus seinem letzten Willen bekommen hat, welches er nicht schon ohnedieses mit Recht fordern konnte; so sieht jeder ein, daß keinem Gläubiger, dem seine eigne Anforderung vermacht worden, sollte es auch mit einigem Vortheil geschehen seyn, ein Legat aufgelegt werden darf. Und so ist auch der Pflichttheil kein Gegenstand, worauf Vermächtnisse gelegt werden können, weil dieser den Notherben schlechterdings, ohne die geringste Beschwerde hinterlassen werden muß, wenn keine Enterbung geschehen können. Eben dieses gilt auch von der statutarischen Portion, von Erbgüthern, kurz von allen Sachen, worüber der Erblasser nicht disponiren darf s). Es ist dem Testator erlaubt, wenn er mehrere Personen zu seinen Erben eingesetzt hat, dem einen davon die Bezahlung seiner Schulden aufzulegen. Dadurch bekommen zwar die Miterben ein Recht, von diesem zu verlangen, daß er die Schulden des Erblassers allein bezahlen solle, aber die Gläubiger halten sich an die Erbschaft und die Besitzer derselben t). Hat der Erblasser nicht blos einen, sondern mehrere zu seinen Erben eingesetzt, und dabey gesagt: wer nebst dem Miterben C. mein Erbe seyn wird, hat 500 Rthlr. an die Armenschule zu bezahlen. Diesen Worten gemäß trägt C. nichts zu dem Vermächtnisse bey, sondern es ist den übrigen

r) L. 54. §. 3. L. 124. D. de legat. I.

s) L. 28. de legat. II. L. 28. 29. 109. pr. de legat. I.

t) L. 69. §. 2. de legat. II.

gen Miterben allein aufgelegt worden u). Dagegen müssen alle Miterben zu den Legaten das ihrige beytragen, wenn der Testator zwar mehrere Erben ernannt, aber gleichwohl nicht bestimmt hat, was für Sachen jeder auf seinen Antheil bekommen soll, und unter diesen Umständen erklärt er, wer der Erbe meines Hauses seyn wird, soll 1000 Rthlr. an die Armen als ein Vermächtniß bezahlen. Daß in diesem Falle, alle Miterben, nach Proportion ihres Antheils, zu diesem Legat zuschießen müssen, ist deswegen Rechtens, weil der Testator keinem besonders das Haus als seine Erbportion angewiesen hat x). Wenn ein Vermächtniß deswegen vom Erblasser hinterlassen worden, um es zum Nutzen der Stadt zu verwenden, so muß der mit diesem Vermächtniß Beschwerte zwar zuvor erinnert werden, den Willen des Erblassers zu erfüllen; thut er es aber dennoch nicht, so kann einer von den Miterben allein angehalten werden, das ganze Vermächtniß zu entrichten, und nun muß er sich an seine Miterben wegen der Entschädigung halten. Auf gleiche Weise verfährt man, wenn das Vermächtniß in etwas solchen besteht,

u) L. 81. §. 4. de legat. I. — Si libertus Patronum ex septunce haeredem scripserit, alios ex caeteris; et ita legauerit: quisquis mihi alius ex supra scriptis cum patrono meo haeres erit, seruos illum et illum Titio lego, quos aestimo singulos vicenis aureis: intelligendum erit a *cohaerede patroni duntaxt legatum datum*, et ideo Titium non amplius quincuncem in seruis vindicare posse, etc.

x) L. 4. §. 1. de legat. I. — Si quis haeredes instituerit, et ita legauerit, quisquis mihi Gallicanarum rerum haeres erit, damnas esto dare: ab *omnibus* haeredibus videri legatum: quoniam ad omnes eos res Gallicanae pertinent.

besteht, das sich nicht theilen lässet y). Selbst der Fiscus, wenn ihm eine Erbschaft zufällt, weil keine Erben da sind, muß die Vermächtnisse bezahlen, welche ausgesetzt worden. Ist einer Stadt ein Vermächtniß hinterlassen worden, so geht es gleichwohl an, die Vorsteher derselben mit einem Legat zu beschweren z). Nicht bloß der erste Erbe kann mit Vermächtnissen beschwert werden, sondern auch die Substituten (S. 511). Der Regel nach muß der Substitut die nämlichen Vermächtnisse bezahlen, welche dem eigentlichen Erben aufgelegt worden sind, wenn nicht in Ansehung seiner vom Erblasser etwas anders verordnet worden. Dieses wird aber sogar als stillschweigend geschehen angenommen, wenn er dem Substituten etwas anders hinterlassen, oder wenn die Ursache bey ihm nicht eintritt, welche bey dem Erben vorhanden war. Dagegen sieht man auch die beym Substituten nur wiederhohlten Vermächtnisse nicht als neue an, sondern hält sie für eben dieselben a). Alsdenn ist aber ein Substitut nicht schuldig die Vermächtnisse zu bezahlen, die dem eigentlichen Erben mit Beyfügung einer Bedingung aufgelegt worden, die aber nicht eingetroffen ist; jedoch alsdenn muß er sie ebenfalls abtragen, wenn sie ihm aufs neue aufgelegt worden; und wenn er sogar noch größere Vermächtnisse auszahlen soll, so wird die Erhöhung bloß als eine ihm selbst aufgelegte Last angesehen, und sie besteht für sich allein b). Nachdem

y) L. 11. §. 23. 24. de legat. III. L. 54. §. 3. L. 124. de legat. I.

z) L. 114. §. 2. de legat. I. L. 5. pr. de legat. II.

a) L. 74. L. 81. §. 7. L. 92. §. 2. L. 113. §. 3. L. 126. pr. §. 1. de legat. I. L. 82. §. 1. de legat. II. L. 9. C. de fideic.

b) L. 32. pr. L. 52. §. 1. L. 53. L. 113. §. 4. de legat. I.

dem ich S. 551 gezeigt habe, 1) was für Sachen überhaupt vermacht werden können; 2) wer berechtigt ist, von dem andern zu verlangen, daß er ein Vermächtniß auszahlen soll (S. 557); 3) wem ein Vermächtniß ausgesetzt werden darf (S. 557), und 4) wer schuldig ist, an einen andern ein Vermächtniß zu bezahlen (S. 565), so muß ich nun auch davon etwas anführen, was derjenige in Rücksicht auf seine Willenserklärung zu beobachten hat, der seinen Erben ein Vermächtniß auflegen will. Das römische Recht hat über diesen Gegenstand etwas anders in den ältern Zeiten verordnet, und andere Grundsätze sind durch das neuere römische Recht eingeführt worden [c]). Zur genauen Uebersicht der ganzen Materie wird folgende Bemerkung viel beytragen. Man konnte bey den Römern Jemanden, in einem letzten Willen, etwas entweder befehlsweise, oder bittweise hinterlassen. Befehlsweise konnte man wiederum entweder einen allgemeinen Nachfolger ernennen, oder bloß einen besondern. Unter einem allgemeinen Nachfolger wurde derjenige verstanden, der in alle Rechte und Verbindlichkeiten seines Erblassers treten mußte, deren er fähig war. Ein solcher allgemeiner Nachfolger wurde auch der Erbe genennt, wie wir S. 264 gesehen haben. Selbst alsdenn, wenn der Erblasser drey und mehrere Erben ernannt hatte, so war jeder wegen des auf ihn gekommenen Erbantheils ein allgemeiner Nachfolger des Verstorbenen [d]). Ganz andere Rechte und Pflichten

c) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 244. G. L. MENCKEN Pr. de variis modis legata relinquendi, Vit. 1729.

d) Der Herr geheime Tribunalrath Höpfner über die Instit. S. 487. der neust. Ausg. von 1790.

Pflichten hat aber ein sogenannter besonderer Nachfolger. Dieser genießt weit weniger Vortheile als jener, er hat aber auch weit weniger zu erfüllen. Ein Erbe muß die Schulden bezahlen; das braucht aber der besondere Nachfolger nicht zu thun. Der allgemeine Nachfolger wurde bey den Römern entweder befehlsweise ernannt (S. 409) oder bittweise. Im ersten Falle hieß er unmittelbarer Erbe (heres directus), im zweyten aber wurde er der mittelbare Erbe (heres fideicommissarius) genennt. Die Art und Weise wie man ein besonderer Nachfolger eines Menschen wird, zeigt sich auf sehr mannigfaltige Weise; nämlich in allen den Fällen, wie man eine besondere Sache (Handb. 4 Th. S. 268) an sich bringt. Daher kommt auch der Name, besondere Erwerbungsmittel, wovon im 4 Th. dieses Handbuchs S. 268 bereits etwas gesagt worden. Unter die besondern Erwerbungsarten einer einzelnen Sache, gehört nun auch das sogenannte Vermächtniß, oder die Erklärung des Erblassers, daß der und der z. B. 500 Thl., oder seine goldene Uhr, oder sein Haus als ein Vermächtniß haben soll. So wie die Römer anfangs bey der Erbeseinsetzung gewisse feyerliche Worte brauchten (S. 409) so führten sie diesen Zwang auch bey den Vermächtnissen ein, und daraus entstand ein vierfacher Unterschied der Vermächtnisse [e]). Erstlich gab es legata per vindicationem, wenn die Worte gebraucht werden mußten: Caio do, Caio lego, Caius sumito, C. capito, C. habeto,

C.

e) § 2. Inst. de legat. — *Sed olim* quidem erant legatorum genera *quatuor*: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem, et certa quaedam verba cuique generi legatorum adsignata erant, per quae singula genera legatorum significabantur.

C. sibi vindicato. Zweytens nennte man die Vermächtnisse alsdann legata per damnationem; wenn der Erblasser sich der Worte bedient hatte: heres meus damnas esto, dare; oder h. m. dato; oder h. m. facito; oder heredem meum dare iubeo. Drittens gab es legata per praeceptionem, wenn man dem einen Miterben etwas vor den übrigen voraus vermachte. Hier mußte man z. B. sagen: Lucius Titius illam rem praecipito, oder praecipuam rem accipito. Endlich hatte man auch viertens eine besondere Art von Vermächtnissen, welche legata sinendi modo genennt wurden. Der Erblasser sagte: heres sinito legatarium sumere vel habere, oder heres meus damnas esto, sinere L. Titium sumere illam rem sibique habere [f]). Der Unterschied dieser Vermächtnisse zeigte sich hauptsächlich in den damit verbundenen Rechten. Wer ein Vermächtniß per vindicationem bekam, der wurde Eigenthümer der vermachten Sache, sobald der Erbe die Erbschaft angetreten hatte, und erlangte ein sogenanntes quiritisches Eigenthum. Daher konnte er auch eine Realklage wegen des Vermächtnisses anstellen. Hatte aber der Erblasser das Vermächtniß per damnationem oder sinendi modo hinterlassen, so entstand für den Legatarius dadurch nur ein persönliches Recht wider den Erben, und er hatte bloß gegen ihn die Personalklage aus dem Testament. Wenn endlich dem Miterben etwas vom Erblasser per praeceptionem vermacht worden, so konnte er gegen seine übrigen Miterben die Erbtheilungsklage anstellen. Außer diesen Feyerlichkeiten erforderte man noch folgende Umstände. 1) konnten Legate bloß in Testamenten oder in solchen Codicillen hinterlassen werden, welche

f) Höpfners Comment. über die Instit. S. 491.

che im Testament bestätigt worden; 2) man mußte sie in lateinischer Sprache hinterlassen, weil auch die Testamente lateinisch abgefaßt wurden (S. 409) und bey jeder Art der Vermächtnisse die besonders dazu bestimmte lateinische Formel gebraucht werden mußte; 3) litten die Legate keine andere Erklärung als nach dem strengen Rechte [g]). Von den eigentlich sogenannten Vermächtnissen, unterschied man nach dem ältern römischen Rechte die besondern Fideicommisse gar sehr. Sie wurden bittweise hinterlassen, und man konnte Ausdrücke brauchen, welche man wollte. Sie konnten sowohl lateinisch als griechisch hinterlassen werden, und dieses durfte überdieses noch in solchen Codicillen geschehen, die nicht expreß in einem Testament bestätigt waren; ja es war erlaubt, sie durch unbezweifelte Kennzeichen zu hinterlassen, z. B. durch einen bloßen Wink, wenn der Erblasser Schwachheit wegen nicht reden konnte, und er hatte vorher schon seinen Willen bey anderer Gelegenheit deutlich erklärt [h]). Bey besondern Fideicommissen richtete man sich überall nach der Billigkeit. Der Kayser Justinian hob endlich diese Subtilitäten größtentheils auf; und verordnete, die ehemaligen Vermächtnisse sollten insoferne abgeschaft seyn, daß man sie in jeder Sprache und in jeder minder feyerlichen letzten Willensverordnung, ohne sich an gewisse Worte zu binden, hinterlassen könnte, und die viererley alten Benennungen sollten weiter keine eigene

g) MARTIN Diss. lanx satura discriminis inter legatorum fideicommissorumque species quasdam obtinentium, Götting. 1787.

h) OTEYZA et OLANO Paralip. et electa iur. ciu. lib. 2. c. 2. in MEERM. THES. Tom. I. S. 479.

eigene Würkung hervorbringen [i]). Deswegen darf man aber nicht glauben, als habe die genaue Bekanntschaft mit der eigentlichen Beschaffenheit dieses ehemaligen sehr großen Unterschiedes zwischen Legaten und besondern Fideicommissen, gar keinen Nutzen mehr. So ist es nicht zu verstehen. Denn man versteht ohne diese Bekanntschaft viele Gesetze nicht, und es kommen auch noch sogar in den höchsten Gerichten Fälle vor, wo der größte Unterschied darauf beruht, ob Jemand etwas als ein Legat, oder als ein Fideicommiß aus einem letzten Willen erhalten soll. Der Herr Vicepräsident von Pufendorf [k]) führt folgenden Fall an, der beym Oberappellationsgericht zu Celle im Jahr 1757 entschieden worden. Ein einsichtsvoller Rechtsgelehrter hatte in seinem Testamente einen Universalerben ernannt, demselben verschiedne Legate auszuzahlen auferlegt, und dabey gesagt: wenn mein Erbe ohne Kinder stirbt, so sollen 1000 Rthlr. an meine nächsten Freunde, die Brüder N. ohne einigen Abzug zurück fallen. Fünf Jahr nach seinem errichteten Testamente, machte der Erblasser ein Codicill, worin er zwar den Erben und einige Legate aufs neue bestätigte; aber die andern Legate widerrief er alle, weil die Personen gestorben waren.

Nun

i) L. 2. C. com. de legat. — Omne verbum significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis, vtile atque validum est, siue directis verbis, quale est iubeo forte, siue precatiuis vtatur testator, quale est rogo, volo, mando, fideicommitto. — Sit igitur ex omni parte verborum non inefficax voluntas, secundum verba legantis, vel fideicommittentis: et omnia quae naturaliter insunt legatis, et fideicommissis inhaerere intelligantur, et contra quicquid fideicommittitur hoc intelligatur esse legatum.

k) de PVFENDORF Obs. Tom. IV. Obs. 9. S. 28.

Nun klagten nach des Erben Tode die Brüder N. auf die 1000 Thl. Es wurde ihnen die geschehene Widerrufung der nicht ausdrücklich erneuerten Legate entgegen gesetzt. Die Kläger hielten die 1000 Thl. aber für kein eigentliches Vermächtniß, sondern für ein Fideicommiß, weil sie erst durch die Hand des Erben gehen mußten, ehe sie an die Kläger kommen konnten. Das Oberappellationsgericht erkannte, da aus dem Codicill nicht abzunehmen stehet, der Erblasser habe das Fideicommiß zugleich mit den Legaten widerrufen, als sind Beklagte Einwendens ungehindert, die eingeklagten 1000 Thl. Klägern zu bezahlen schuldig. Der Herr geheime Tribunalrath Höpfner [1]) führt einen ähnlichen Fall an, der beym Oberappellationsgericht zu Darmstadt 1789 vorgekommen. Eine Testatricin setzte in ihrem Testament 100000 Fl. zu einem Familienfideicommiß aus, und machte verschiedene Legate. Darauf sagte sie: alle vorhin bestimmte Vermächtnisse sollen erst ein Jahr nach meinem Tode ausbezahlt werden. Hier entstand die Frage, ob das Familienfideicommiß auch erst nach einem Jahre ausgezahlt werden dürfe. Das O. A. Gericht hat die Frage verneinend entschieden. Die Rechtslehrer behaupten also, der aufgehobene Unterschied zwischen einem Legat und einem besondern Fideicommiß betreffe bloß die vorher unterschieden gewesenen Wirkungen, welche ich oben S. 575. angeführt habe; und nach der Zeit der Gleichmachung kommen sie beyde darin mit einander überein, übrigens aber sind es dennoch zweyerley Rechtsgegenstände. Die Geschichte dieser Gleichstellung trägt Galvon und Mylius sehr ausführ-

1) Der Herr geheime Tribunalrath Höpfner über die Institt. S. 491.

führlich vor m). Heutzutage können Vermächtnisse und besondere Fideicommisse auf dreyerley Weise hinterlassen werden; nämlich 1) in einem gewöhnlichen Testamente; 2) in Codicillen, wovon wir in der Folge reden werden; und 3) durch eine mündliche Willenserklärung des Erblassers an seinen Erben. Man sieht dabey nicht sowohl auf die Worte, sondern auf den Willen des Erblassers. Daher gilt ein Vermächtniß, wenn gleich die Worte abtreten, auszahlen u. d. g. nicht gebraucht seyn sollten n). Jedoch darf man das für kein Vermächtniß halten, wenn der Testator es zwar sagt, daß er ein Vermächtniß hinterlassen habe, dieses findet sich aber würklich nicht o). Hat er den Ausdruck, wenn er will (cum volet) gebraucht, so muß derselbe von der Zeit der Auszahlung des Vermächtnisses verstanden werden, aber nicht von der Schuldigkeit des Erben, das Legat auszuzahlen; und er hat dieser Worte wegen weiter kein Recht, als die Ablieferung des Legats bis nach seinem Tode hinaus zu setzen. Die Verbindlichkeit, ob ein Legat geleistet werden soll, kann zwar dem freyen Willen eines dritten überlassen werden, aber nicht der Willkühr des Erben selbst p). Sollte bey einem Vermächtnisse, welches in jährlichen Abgaben besteht, wovon wir im folgenden Paragraphen reden werden, die Zeit der Ablieferung dem freyen Willen des Vermächtnißnehmers überlassen

m) GALVAN. de Vsufructu c. 14. MYLIVS D. historia legatorum Lipſ. 1731. ROMANVS D. de exaequatione legatorum et fideicommiſſorum a Iuſtiniano facta, Lipſ. 1752.

n) §. 2. Inſt. de legat. L. 106. D. de legat. I. L. 2. C. commun. de legat. Nov. I.

o) L. 72. §. 8. D. de condit. et demonſtr.

p) L. 43. D. de legat. II. L. 43. §. 2. D. de legat. I.

worden seyn, so darf der Legatarius dasselbe deswegen doch nicht auf einmal fordern, sondern er ist verbunden, es in jährlichen Terminen anzunehmen, welche alsdann, wenn kein gütliches Abkommen deswegen getroffen werden kann, durch das billige Ermessen des Richters bestimmt werden können q). Die Legate gehen den Fideicommissen vor, weil letztere unter der stillschweigenden Bedingung hinterlassen werden, wenn etwas übrig bleiben sollte, und hierin besteht also auch noch ein Unterschied zwischen beyden r). Bey Legaten werden sehr oft Bedingungen gebraucht, denn der Regel nach steht es dem Erblasser frey, ob er Jemanden ein Vermächtniß mit oder ohne Bedingung hinterlassen will. Da nun sehr oft mit Bedingungen verbundene Legate vorkommen, so muß hiervon ebenfalls das wichtigste angeführt werden s). Es ist bereits bey der Lehre von der willkührlichen Erbeseinsetzung (S. 422.) gesagt worden, was eine Bedingung überhaupt im Rechtsverstande ist, und wie sie eingetheilt zu werden pflegen. Alle diese Wahrheiten finden auch hier ihre völlige Anwendung; daher brauche ich weiter nichts anzuführen, als die Abweichungen von den obigen Sätzen, und was dort noch nicht angeführt worden. Wenn die eine Sache mit einer Bedingung, die andere aber ohne eine solche vermacht worden, und dabey hat der Erblasser dem Legatarius die Wahl gelassen, welches Vermächtniß von diesen beyden er annehmen will, nun stirbt aber der Vermächtnißnehmer vor eingetretener Bedingung, da er noch nicht bestimmt hatte, welches Ver-

q) L. 41. §. 13. D. de legat. III.
r) L. 22. §. 1. D. ad Leg. Falcid.
s) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 251. Der Herr Hofrath Claproth von Testamenten. S. 290.

Vermächtniß er wählen wolle, so gebührt ihm gleichwohl die ihm unbedingt vermachte Sache, und die Erben können solche Namens seiner fordern [t]). Dadurch werden Vermächtnisse nicht eingeschränkt, weil der Testator gesagt: es mag von den angeführten Personen mein Erbe seyn, welcher es will; oder es heißt im Testamente: wenn der Erbe die Erbschaft antreten sollte. Dergleichen Umstände sind gar keine Bedingungen, und verstehen sich schon von selbst [u]), oder sie liegen in der Sache selbst, wie die Rechtslehrer sagen (S. 430). Bisweilen kann jedoch dasjenige, was sich in andern Fällen von selbst versteht, als eine Bedingung mit einem Vermächtniß verbunden werden. Z. B. der Testator sagte, dem N. vermache ich mein Haus, wenn er es haben will. Durch diesen ausdrücklichen Zusatz eines Umstandes der sich sonst von selbst versteht, wird dieses Vermächtniß ein bedingtes [x]). Eben so kann auch der Erblasser ein Vermächtniß auf das Gutbefinden einer dritten Person ankommen lassen, wennn er es unter einer bloß von ihm abhängenden Bedingung aussetzt [y]). Sollte der Erblasser Jemanden etwas,

t) L. 14. §. 1. L. 16. pr. L. 25. pr. D. quando dies legat. cedat.

u) L 19. §. 1. L. 107. D. de condit. et demonstr. L. 3. D. de legat. I. L. 22. §. 1. D. quando dies legat. cedat.

x) L. 69 D. de condit. et demonstr. — Si ita expressum erit, Titio si voluerit, do, lego: apud Labeonem Proculus notat, non aliter ad haeredem legatarii pertinere, quam si ipse legatarius voluerit ad se pertinere: quia conditio personae iuncta videtur. L. 65. §. 1. de legat. I.

y) L. 1. D. de legat. H. — In arbitrium alterius conferri legatum, *veluti conditio* potest: quid enim interest,

was ihm nicht allein zugehört, sondern woran auch ein anderer ein Recht hat, mit den Worten vermacht haben: wenn mir die Sache bey meinem Tode gehören wird, und es ist höchst wahrscheinlich, er habe durch diese Worte, das alleinige Eigenthumsrecht an der vermachten Sache verstanden, dieses hat er aber zur Zeit seines Todes nicht, so ist das ein bedingtes Vermächtniß gewesen, welches nicht zur Würklichkeit kommt, weil die vorausgesetzte Bedingung nicht eingetroffen ist z). Wenn Jemand unter einer Bedingung zum Erben eingesetzt worden, und der Testator hat ihm auch zugleich Vermächtnisse hinterlassen, ohne jedoch dabey zu sagen, ob er sie nicht anders als mit den nämlichen Bedingungen haben soll, welche bey seiner Erbeseinsetzung stehen; so wird dieses dafür gehalten. Auf gleiche Weise wird die Bedingung, welche einem Legatarius aufgelegt worden, alsdann für wiederholt gehalten, wenn ihm das Legat in der Folge wieder genommen, und einem andern gegeben wird; es müßte denn eine solche Bedingung seyn, wo bey dem ersten Vermächtnißnehmer bloß auf seine Person Rücksicht genommen worden a). Wird etwas als zukünftig ausgedrückt, so muß es der Regel nach für eine Bedingung gehalten werden. Z. B. der Testator hätte gesagt: eins von den Häusern zwischen N. und N. gelegen, welches mir davon bey meinem Absterben zugehören wird, vermache ich dem F. Dieses wird für eine Bedingung gehalten. Wenn er sich aber folgender Worte bedient: das

Haus

tereſt, ſi Titius in Capitolium aſcenderit, mihi legetur: an, ſi voluerit?

z) L. 68. §. 2. D. de legat. III.

a) L. 27. pr. L. 95. D. de condit. et demonſtr. L. 18. D. de condit. inſtit.

Haus zwischen N. und N. gelegen, das mein Eigenthum ist, vermache ich dem F., so dürfte dieser Ausdruck für keine Bedingung gehalten werden, sondern für eine Beschreibung der Sache (demonstratio) wovon ebenfalls bald das wichtigste angeführt werden wird [b]). Sollte der Vater seinem unmündigen Kinde unter gewissen Bedingungen Vermächtnisse ausgesetzt haben, und er hat dieselben bey dem Substituten des Kindes schlechthin wiederholt, so können die Vermächtnisse nichtsdestoweniger gleich eingeklagt werden, wenn auch das Kind vor Erfüllung derselben gestorben ist [c]). Wenn Jemanden auf den Fall, daß er Kinder bekommen sollte, etwas vermacht worden, so wird dieses nur von würklich gezeugten, und zwar ehelichen, nicht aber von angenommenen oder unehelichen verstanden. Wird einer Frau mit der Bedingung ein Vermächtniß hinterlassen: wenn ihr erstes Kind ein Sohn seyn sollte, so soll sie tausend Thaler als ein Vermächtniß bekommen, und sie bringt Zwillinge zur Welt, einen Sohn und eine Tochter, nun weiß man aber nicht, ob der Knabe zuerst gebohren worden, oder das Mädchen; so wird angenommen, der Knabe sey eher auf die Welt gekommen [d]). Alle Bedingungen müssen nach dem Willen des Erblassers, sowohl dem deutlich angezeigten, als dem wahrscheinlichen, verstanden und erfüllt werden, die Bedingung sey einem Vermächtnißnehmer aufgelegt worden, welchem es

b) L. 33. §. 3 et 4. D. de condit. et demonstr. L. 6. D. de legat. I. L. 85. D. de legat. III.

c) L. 32. pr. L. 52. §. 1. D. de legat. I.

d) L. 17. §. 4. et fin. L. 77. pr. D. ad Sctm. Treb. L. 1. C. de cond. inf. L. 51. §. 1. de legat. II. L. 25. 28. 75. D. de condit. et demonstr.

wolle, selbst der Fiscus wird nicht ausgenommen; und daher muß auch das, was zur Erfüllung einer Bedingung hinterlassen worden, abgeliefert werden, es betreffe gewisse oder ungewisse Personen e). Wenn Jemanden, der als Rasender oder Verstandloser, oder als Verschwender einen Curator hat (Handb. 3. Th. S. 729.), ein Vermächtniß hinterlassen worden, so sagen die Gesetze, er soll es nicht eher bekommen, als bis er sein Vermögen selbst verwalten darf. War einem Knechte die Freyheit nach dem Tode seines Herrn oder des Erben, vermacht worden, so wurde er frey, wenn nur der Herr, oder der Erbe starb; er mochte die Erbschaft angenommen haben, oder nicht, denn der Tod war allein die Bedingung unter welcher die Freyheit vermacht worden f). Für eine Bedingung, und nicht etwa für eine bloße Zahlungszeit wird es gehalten, wenn der Testator gesagt hat: die Summe, die ich jedem vermacht habe, soll mein Erbe auszahlen, wenn meine Mutter gestorben ist. Sollte eine Bedingung nur einer einzigen Person von mehrern, vorgeschrieben worden seyn, und sie wird gleichwohl von mehrern zugleich erfüllt, so bekommen sie alle nichts, und das ganze Vermächtniß gilt nicht, weil der Wille des Erblassers gewesen, nur einer davon soll die Bedingung allein erfüllen g). So viel von der Erfüllung aller Bedingungen, welche bey Vermächtnissen vorkommen können, überhaupt. Da aber die Bedingungen verschieden

e) L. 19. pr. D. de cond. et dem. L. 25. L. 101. §. 1. eod. L. 3. L. 4. C. de cond. inf. L. 4. D. de reb. dub.

f) L. 50. §. 5. D. de legat. III. L. 65. §. 2. 3. de legat. II.

g) L. 40. §. 2. D. de cond. et dem. L. 10. pr. D. de reb. dub.

den eingetheilt werden, wie wir S. 423. gesehen haben, und von der Erfüllung jeder Art derselben, wenn sie mit Vermächtnissen verbunden worden, etwas zu bemerken ist, so will ich das wichtigste anführen. Es giebt ausdrückliche oder stillschweigende Casualbedingungen. Jene verstehen sich von selbst, diese aber liegen in der Natur der Sache. Gesetzt, es sind Jemanden die Früchte von einer Sache vermacht worden, so ist dieses mit der stillschweigenden Bedingung geschehen, wenn Früchte wachsen sollten. Sollte also das Vermächtniß unbedingt vermacht worden seyn, und der Erblasser hat bloß das Grundstück angewiesen, wovon das Vermächtniß genommen werden kann, so werden die Früchte der folgenden Jahre dazu verwendet, wenn in dem einen Jahre nichts, oder nicht genug gewachsen ist h). Kann bey Casualbedingungen der Wille des Erblassers auf mehr als eine Art erfüllt werden, so ist sie für erfüllt zu halten, wenn sie nur auf die eine Art erfüllt worden. Z. B. der Erblasser hätte den Kindern des B. ein Vermächtniß hinterlassen unter der Casualbedingung, wenn sie durch den Tod ihres Vaters von der väterlichen Gewalt befreyt worden; sie wären aber durch die geschehene Emancipation (Handb. 3 Th. S. 571) ihre eigne Herren worden; jetzt müssen sie dennoch das Vermächtniß bekommen, denn man nimmt an, es sey dem Erblasser gleich viel gewesen, wie sie von der väterlichen Gewalt befreyt worden seyn mögen i). Ist der Umstand zur Casualbedingung gemacht worden: wenn der Legatarius Kinder bekommen wird; so gehört ihm auch alsdenn das Vermächtniß schon,

h) L. 1. §. 3. D. de cond. et demonst. L. 26. D. pr. D, quando dies legat. ced.

i) L. 15. D. quando dies legat.

wenn er nur bey seinem Tode eine schwangere Witwe hinterlässet, und sie bringt auch würklich ein Kind zur Welt. Sollte eine Casualbedingung auf eine bestimmte Anzahl Jahre herausgesetzt seyn, und der Erblasser hat zugleich verordnet, daß das Vermächtniß vor dieser Zeit nicht gefordert werden soll, so wird zwar das Vermächtniß gültig, sobald die Casualbedingung in Erfüllung geht; aber die Ablieferung kann nicht eher gefordert werden, als nach Verlauf der festgesetzten Zeit k). Ueberhaupt ist von der Erfüllung der Casualbedingungen bey Vermächtnissen, eben das zu bemerken, was bey der Erbeseinsetzung gesagt worden: daß jede Casualbedingung schon alsdenn für erfüllt gehalten wird, wenn der Umstand nur einmal eingetreten ist, welcher die Casualbedingung ausmacht, dieses mag nun entweder zur Zeit, da das Testament errichtet wurde, ohne Wissen des Erblassers geschehen seyn, oder beym Leben, oder nach dem Tode des Erblassers l). So viel von Casualbedingungen, wenn sie bey Vermächtnissen vorkommen. Es muß damit verbunden werden, was bereits S. 445. gesagt worden ist. Noch öfterer wird ein Vermächtniß unter einer sogenannten conditione potestatiua, das heißt einer solchen Bedingung hinterlassen, die der Vermächtnißnehmer erfüllen kann. Hiervon ist, außer dem S. 425. vorgetragenen folgendes zu bemerken. Die Bedingungen, deren Erfüllung bloß von dem Willen des Vermächtnißnehmers abhangen, sind entweder bejahende (cond.

k) L. 20. D. ad Sctm. Treb. L. 18. D. qu. d. leg. L. 4. C. eod L. 4. L. 36. §. 1. D. de condit. et dem.

l) L. 54. §. 1. 2. de legat. I. L. 10. §. 1. L. 45. §. 2. L. 11. L. 68. de legat. II. L. 8. §. 7. L. 24. D. de cond. inst L. 2. D. de cond. et dem. L. 3. L. 7. C. de inst. et subst. L. 6. C. de nec. hered. inst.

(cond. affirm.) oder verneinende (cond. negat.). Bejahende nennt man diejenigen, wenn der Legatarius etwas thun soll: verneinende werden sie aber genennt, wenn er etwas nicht thun, sondern unterlassen soll [m]). Ist Jemanden unter einer bejahenden ihm möglichen Bedingung ein Legat hinterlassen worden, so kann nur alsdenn gesagt werden, er habe die Bedingung erfüllt, wenn dieses nach dem Tode des Erblassers geschehen ist (§. 446). Doch hat auch diese Regel ihre Ausnahmen; nämlich alsdenn wird die mögliche Bedingung ebenfalls für gehörig erfüllt gehalten, wenn sie gleich beym Leben des Erblassers bereits erfüllt worden, wenn es ausgemacht ist, die Zeit der Erfüllung war dem Erblasser gleichgültig, und er wollte bloß, daß der Umstand geschehen seyn sollte, den er zur Bedingung gemacht hat, ohne darauf zu sehen, wenn er geschehen soll. Hätte der Erblasser z. B. die Heyrath zur Bedingung angenommen, so wird eine gesetzmäßig eingegangene Ehe erfordert. Doch bekommt eine Person das Vermächtniß auch alsdenn, wenn sie sich zwar anfangs nicht gesetzmäßig verheyrathet hat, sie thut es aber in der Folge, da sie wieder heyrathet [n]). Jede dem Vermächtnißnehmer aufgelegte mögliche Bedingung muß erst ganz erfüllt worden seyn, ehe er das Vermächtniß bekömmt. Hat er die Bedingung nur zum Theil erfüllt, so kann er noch nichts fordern. Sollte jedoch mehrern Personen eine Sache mit Beyfügung einer möglichen Bedingung vermacht worden seyn, und der eine, oder zwey erfüllen von ihrer Seite, was

m) L. 60. D. de cond. et dem. L. 3. D. de legat. II. L. 14. pr. D. de legat. III.

n) L. 130. D. quand. dies legat. c. L. 10. pr. L. 19. pr. D. de cond. et dem. L. 5. C. de cond. inf.

was sie zu thun haben, die übrigen aber nicht, so bekommen sie ihren Antheil des Vermächtnisses; und erfüllen die übrigen Mitlegatarien ihrer Seits die Bedingung gar nicht, so fällt ihr Theil auf die, welche von ihrer Seite der Bedingung nachgekommen sind o). Selbst derjenige, der noch nicht majorenn ist, kann eine ihm aufgelegte mögliche Bedingung erfüllen, ohne daß erst sein Vormund dieses genehmigt. Ist mehrern etwas zugleich vermacht worden, dem einen davon aber nicht anders, als unter der Bedingung, wenn er erst Rechnung abgelegt haben wird, so muß dieser zwar zuvor nicht nur Rechnung ablegen, sondern auch das schuldige herausgeben, ehe er selbst seinen Antheil am Vermächtnisse bekömmt, der andere Mitlegatarius aber braucht darauf nicht zu warten p). Alles zeither gesagte setzt eine bejahende mögliche Bedingung (S. 424) voraus. Es können aber auch Vermächtnisse mit Beyfügung einer möglichen verneinenden Bedingung hinterlassen werden. Hiervon ist außer dem S. 433 u. f. vorgetragenen noch folgendes anzuführen. Auch ein Vermächtniß, welches Jemanden unter einer verneinenden, aber möglichen Bedingung hinterlassen worden, kann der Regel nach, ebenfalls nicht anders als gegen die Mucianische Caution (S. 442) erworben werden, wie es bey Erbschaften verordnet ist. Die Caution wird durch Hypotheken und Pfand, oder durch Bürgen, oder durch eydliche Versicherung die Bedingung zu erfüllen, bestellt q). Nur alsdenn

o) L. 23. L. 44. L. 54. §. 1. L. 56. L. 112. §. 2. D. de cond. et dem L. 6. C. de cond. inf.

p) L. 26 D. de cond. inst. L. 5. D. de cond. et dem. L. 81. L. 82. eod.

q) NOVELLA 22. c. 44. §. 2—5.

denn wird keine Caution gemacht, 1) wenn die verneinende mögliche Bedingung so beschaffen ist, daß sie der Legatarius gleich erfüllen kann, und er hat sie also auch bereits erfüllt; 2) wenn Niemand da ist, der Sicherheit zu fordern berechtigt ist r). Alsdenn kann ein Legatarius nicht darauf dringen, daß ihm das Vermächtniß bloß deswegen schon abgeliefert werden soll, weil er erböthig ist, die Mucianische Caution zu bestellen, da noch andere Bedingungen beygefügt sind, von deren Erfüllung die Gültigkeit des Legats abhängt, oder der Umstand, worauf die Bedingung beruht, besteht nicht bloß in einer Unterlassung, sondern es muß überdieses auch ein gewisser Zeitpunct abgewartet werden. Man nehme an, der Erblasser hätte gesagt, wenn die A. den B. nicht heyrathen wird, so soll sie 5000 Thlr. als ein Vermächtniß bekommen. Unter diesen Umständen wird das Vermächtniß nicht eher gültig, als bis entweder die Person gestorben ist, welche nicht geheyrathet werden soll, oder sie hat sich wenigstens an Jemanden anders verheyrathet s). Sobald der verneinenden möglichen Bedingung, von dem Vermächtnißnehmer entgegen gehandelt worden, so muß das Vermächtniß an denjenigen zurück gegeben werden, dem es auf den Fall zugeschrieben ist, wenn der Bedingung entgegen gehandelt werden sollte, es mag dieses der Erbe selbst seyn, oder ein anderer. Wenn es in Gelde bestanden und das Geld ausgeliehen gewesen, muß es mit allen erhobenen Zinsen zurück gegeben werden. Hat der Vermächtnißnehmer aber das Geld selbst benutzt, so zahlte er bey den Römern vier

vom

r) L. 72. §. 2. L. 101. § 7. de cond. et dem. L. 7. L. 18. L. 72. pr. §. 1. eod. L. 4. §. 1. D. de cond. inst.

s) L. 77. §. 1. L. 106. D. de cond. et demonstr.

vom hundert (tertiae centissimae). Und eben so müssen auch die Früchte zugleich zurück gegeben, oder vergütet werden. Sollte der Erbe das Vermächtniß, gegen genugsame Caution abgeliefert haben, sie wird aber in der Folge, ohne seine Schuld unzureichend, so darf er für keinen Schadenersatz stehen, wenn der Vermächtnißnehmer in der Folge sein zeither besessenes Legat, deswegen wieder herausgeben muß, weil er die verneinende mögliche Bedingung nicht erfüllt hat. Derjenige, auf welchen es jetzt fällt, muß sich allein an den zeitherigen Vermächtnißnehmer halten [t]). Wenn ich Jemanden unter der Bedingung 10000 Thlr. vermache, daß er zeitlebens in Leipzig bleiben soll, so heißt man das ein Vermächtniß unter einer verneinenden möglichen Bedingung. Jetzt kann er dieses Capital gleich von dem Erben verlangen, wenn er Caution gemacht hat, daß die 10000 Thlr. zurück bezahlt werden sollen, wenn er nach Empfang des Geldes jemals von Leipzig weg ziehen sollte. So lange er nicht weg zieht, ist er völliger Eigenthümer des Geldes. Zieht er aber weg, so muß er die 10000 Thlr. nebst allen Zinsen vom Tage der Auszahlung an, dem Erben wieder zurückgeben; oder wären sie auf den Wegziehungsfall der Thomasschule vermacht, so fallen sie nebst den Zinsen an diese [u]). Es kommen bey Vermächtnissen dann und wann auch sogenannte unmögliche Bedingungen vor. Von ihrer Natur überhaupt ist S. 424 und 433. das wichtigste gesagt worden; womit noch folgende Bemerkungen zu verbinden sind. Auch bey Legaten gelten unmögliche Bedingungen nicht und werden als nicht geschrieben angesehen; ja sogar wenn es

t) L. 76. §. 7. de legat. II. L. 79. §. 2. D. de cond. et dem. L. 73. eod.

u) L. 71. §. 2. D. de cond. et dem.

es ausdrücklich versprochen worden, eine solche Bedingung zu erfüllen, so gilt die Bedingung dennoch nicht x). Daß falsche und schändliche Bedingungen den unmöglichen gleich gehalten werden, ist bereits S. 438 gesagt worden. Da der Herr Hofrath Claproth in seinem gelehrten Werke von Testamenten S. 299. die Frage, in wieferne die Freyheit zu heyrathen durch Bedingungen, die mit einem Vermächtnisse oder einer Erbschaft verbunden worden, eingeschränkt werden könne, ausführlich abgehandelt, und seine Grundsätze von den Behauptungen anderer berühmten Rechtslehrer, welche S. 439. angeführt worden in etwas abweichen, so will ich die Stelle wörtlich hier einrücken. Für unmöglich wird im Rechtsverstande auch dasjenige gehalten, was denen Gesetzen und Gewohnheiten zuwider ist. Hierher gehört erstlich jede schändliche Condition, und wird gewöhnlich auch der Eyd unter solche gerechnet y). Zweytens gehört unter die gesetzwidrigen Bedingungen, das der Witwe oder dem Witwer aufgelegte Verbot einer Heyrath, woferne es nicht zum Besten der Unmündigen nur bis zur Mannbarkeit, oder auf gewisse Personen gestellt ist z). Ist unter eben der Bedingung zugleich ein anderer Vermächtnißnehmer ernannt, so bekommt selbiger seinen Antheil nicht, falls die Person, wie sie zu thun befugt ist, doch heyrathet, weil in An-

x) L. 45. L. 50. §. 1. D. de hered. inst. L. 1. 6. 9. 14. 15. 16. 20. 24. 27. pr. D. de cond. instit. §. 10. Inst. de hered. inst. L. 3. L. 6. §. 1. L. 26. pr. D. de cond. et dem. L. vn. C. de his quae poenae nom. L. 7. L. 14 et 15. D. de cond. inst. L. 5. C. de inst. et subst.

y) L. 8. pr. §. 1. 5. 6. D. de cond. inst. L. 29. §. 2. D. de test. mil. L. 112. §. 4. D. de legat. I. L. 20. D. de cond. et dem.

z) L. 22. 62. 63. pr. L. 72. §. 5. L. 74. L. 77. §. 2. L. 100. D. de cond. et dem.

Ansehung seiner die Bedingung nicht in Erfüllung gegangen ist. Dahingegen fällt aber auch des andern Vermächtnißnehmers Antheil der Person nicht zu, welche sich doch verheyrathet hat, wenn jener nun das Vermächtniß ausschlägt. So bekommt auch ein Dritter das Vermächtniß nicht, welches ihm unter der Bedingung, falls eine gewisse Person nicht heyrathen würde, hinterlassen ist, diese aber doch geheyrathet hat [a]). Auch wird es vor ein Verbot der Heyrath gehalten, wenn eine Person im Vermächtniß genannt ist, die man heyrathen soll, mit selbiger aber der Ehre ohnbeschadet, keine Heyrath eingegangen werden kann. Gleichwie denn auch alle künstige Verdrehung des Gesetzes ausgeschlossen ist, wenn es auf das Verbot der Heyrath ankömmt [b]). Auch gilt eine Strafe nicht, die dem Vermächtnißnehmer auferlegt ist, woferne er eine genannte Person nicht heyrathen würde. Denn die Ehen müssen aus freyer Wahl geschlossen werden. Daher gilt auch die Bedingung nicht, wenn Caja sich nach Gutfinden des Titius verheyrathen wird [c]). Nach dem im L. 2. C. de indicta viduit. angeführten Lege Iulia Miscella konnte eine Frau, welcher im Testamente ihres Mannes unter der Bedingung, wenn sie sich nicht wieder verheyrathen würde, nur alsdenn zum Genuß des Vermächtnisses oder der Erbschaft gelangen, wenn sie eydlich erhärtete, daß sie nur um Kinder zu zeugen, sich anderweit verheyrathen wolle; sie mochte nun schon Kinder haben oder nicht. Jedoch verblieb im erste-

a) L. 1. L. 3. C. de ind. vid. L. 74. D. de cond. et dem.

b) L. 4. C. de cond. insert. L. 63. §. 1. L. 64. L. 79. §. 4. D. de cond. et dem.

c) L. 71. §. 1. L. 72. §. 1. D. de cond. et dem.

ersteren Falle denen Kindern das Eigenthum, und sie erhielt nur den Niesbrauch. Justinian verordnete im gedachten L. 2. C. daß eine Frau ohne diesen Eyd, auch ohne die Mucianische Sicherheitsbestellung das Vermächtniß oder Erbschaft erhalten, und die Bedingung bey Seite gesetzt werden solle; allein in der Novelle 22. c. 43. 44. ist es wieder umgekehrt, und die Bedingung vor gültig erkläret, und nur binnen dem Trauerjahre die Einforderung des Vermächtnisses verbothen, woferne nicht auf andere Art schon klar ist, daß keine Heyrath statt finden könne; nach Ablauf des Trauerjahres aber soll das Vermächtniß nicht anders als gegen Sicherheit gefordert werden können. So viel von Bedingungen, welche bey den Vermächtnissen vorkommen. Es kommen aber auch Vermächtnisse vor, welche ihre Bestimmung durch einen gewissen Zeitraum erhalten; und daher sagen die Rechtslehrer [d]), zu einem Vermächtniß, welches mit Beyfügung einer gewissen Zeit hinterlassen worden, kann die Zeit als ein terminus a quo, oder als ein terminus ad quem hinzugesetzt werden. Ersteres geschieht, wenn das Vermächtniß nicht eher, als nach einer gewissen Zeit soll gefordert werden können; letzteres aber besteht darin, daß der Testator vorschreibt, wie lange das Vermächtniß nur gelten soll. Hier müssen die S. 448 befindlichen Grundsätze in Anwendung gebracht werden. Ein gewisser Tag macht ein Vermächtniß nicht ungewiß, sondern es geht sogleich auf die Erben über, wenn auch die Auszahlung noch nicht geschehen kann

d) C. G. GAERTNER D. de iure legat. in diem vel sub condit. relictor. Lipſ. 1728. I. H. BOEHMER D. de different. legat. puror. et non puror.

kann e). Davon ist aber ein ungewisser Tag unterschieden. Darunter wird ein solcher verstanden, von welchem man nicht sagen kann, wenn er eintreten werde, ob es übrigens gleich gewiß ist, daß er kommen werde. Dieses schadet einem Vermächtniß nichts, und ist auch keine Einschränkung desselben, wenn der Testator zur Auszahlung oder Ablieferung eine so kurze Zeit gesetzt hat, daß es nicht möglich ist, in dieser kurzen Zeit den Willen des Erblassers zu erfüllen f). Ein Vermächtniß, welches erst nach einer gewissen Zeit abgetragen werden soll, kann auch zum Vortheil des Legatarius auf diese Art bestimmt werden, da man sie eigentlich nur zum Besten des Erben so einrichtet, daß sie erst in einiger Zeit nach Antretung der Erbschaft bezahlt werden sollen (S. 200). Ein Fall, wenn es zum Besten des Vermächtnißnehmers geschieht, wäre z. B. wenn der Erblasser verordnete, daß das einem Minderjährigen ausgesetzte Legat ihm nicht eher, als nach erlangter Volljährigkeit ausgezahlt werden soll, und nun muß er auch die Zinsen der Zwischenzeit bekommen. Der Regel nach wird aber angenommen, der Aufschub der Ablieferung des Legats sey zum Besten des Erben geschehen g). Zum Beschluß der Lehre von der Verbindung der Zeit mit einem Vermächtnisse, bemerke ich noch folgendes. Wir haben S. 449 gesehen, daß bey Erbeseinsetzungen alsdenn keine Zeit als Bedingung hinzugesetzt werden

e) L. 1. §. 1. D. de cond. et dem. — Cum dies *certus* adscriptus est, quamuis dies nondum venerit, solui tamen possunt, quia certum est, ea debitum iri.

f) L. 12. §. 1. de legat. II. L. 26. pr. L. 35. D. de vsu et vsufr. L. 1. §. 2. L. 75. D. de cond. et dem. L. 21. L. 22. pr. quando dies leg. ced. L. 12. §. 1. D. de legat. I.

g) L. 43. §. 2. D. de legat. II.

werden darf, wenn die Folge davon seyn würde, daß der Erblasser nun zum Theil nach einem Testament beerbt würde, zum Theil aber die Intestaterbfolge eintreten müßte. Dieses kann bey Vermächtnissen nicht geschehen, denn sie fallen an den Erben zurück, wenn sonst Niemand da ist, der sie bekommen muß; daher ist es auch erlaubt, die Zeit auf jede Art mit der Hinterlassung eines Legats zu verbinden, wenn auch gleich dadurch schlechterdings der Fall entstehen müßte, daß das Legat nicht zur Würklichkeit käme h). Bey Vermächtnissen bedienten sich die Erblasser dann und wann einer sogenannten Beschreibung (demonstratio). Die Deutlichkeit ist die Hauptsache bey einem Testament; da diese aber auf verschiedene Weise erreicht werden kann, so geschieht es auch, daß in Testamenten vielerley Bestimmungen vorkommen, woraus man dennoch gar wohl schliessen kann, was der Testator gemeynt hat. Eine Beschreibung in einem Testament besteht also darin, wenn der Erblasser die Person des Vermächtnißnehmers, oder die vermachte Sache selbst, durch einen oder mehrere damit verbundene Umstände kenntlich zu machen sucht. Z. E. der Testator sagte: ich vermache meinem Bruder, der in Göttingen studiert hat, 2000 Rthlr., dem andern aber der in Leipzig auf der Universität gewesen 3000 Rthlr. Dieses wäre eine Beschreibung. Eigentlich hätten die Brüder mit ihren Taufnahmen oder Charakter angeführt werden sollen. Damit aber die Freyheit bey letzten Willen so viel möglich uneingeschränkt bleiben möge, so läßt man alles gelten, wenn nur mit Gewißheit herauszubrin-

h) Herr D. und Prof. Madihn in den Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 251.

gen ist, was der Erblasser gewollt hat i). Von diesen Beschreibungen ist verschiedenes zu bemerken. Erstlich wie ist eine Bedingung und eine Beschreibung von einander unterschieden? — Die Bedingung besteht darin, daß ein fremder außer der Sache befindlicher Umstand angeführt wird, worauf alles ankommt. Hingegen die Beschreibung enthält Eigenschaften und Verhältnisse, die mit der Person oder Sache selbst verbunden sind. Zweytens, was die Folgen der Beschreibung anbetrift, so schadet es nichts, wenn auch die Beschreibung falsch seyn, und sich der Erblasser dabey geirrt haben sollte, wenn man nur auf andere Weise gewiß versichert seyn kann, was er gemeynt hat. Z. B. der Bruder, dem er die 3000 Rthlr. vermacht hat, ist nicht in Leipzig, sondern in Straßburg auf der Universität gewesen; so bekommt er dieses Vermächtniß dennoch, wenn man gewiß weiß, er ist vom Erblasser gemeynt, und dieses ist dadurch ganz gewiß, weil er nur 2 Brüder hat. Eben so schadet auch ein Irrthum bey dem gebrauchten Namen nicht, wenn man ohne diese Beschreibung weiß, wer gemeynt ist. Z. B. der Erblasser sagt: J. C. F. der Doctor der Rechte, mein Freund, der täglich um mich gewesen, soll 3000 Rt. als ein Vermächtniß von meinem Erben ausgezahlt bekommen. Gesetzt, der Freund hieße aber nicht J.C.F., sondern J. G. F.; so bekommt er dennoch das Vermächtniß, weil die Gesetze sagen: eine unrichtige Beschreibung schadet nichts, sobald der Wille des Erblassers ganz gewiß ist k). Treten aber folgende Umstände

i) Mascov Progr. de eo quod singulare est in demonstrat. iur. ciu. Goetting 1739. Wieger D. de effectu demonstrat legato adpositae, Arg. 1749.

k) §. 30. Inst. de legat. L. 33. pr. L. 34. D. de condit. et demonstr.

Umstände ein, so macht eine falsche und unrichtige Beschreibung das Legat ungültig; nämlich, 1) wenn man gewiß weiß, der Erblasser würde das Vermächtniß nicht hinterlassen haben, wenn er gewußt hätte, daß seine Beschreibung falsch sey. Z. B. er hält Jemanden für seinen Sohn, und nach dem Tode kommt es heraus, daß sein Sohn in der Fremde gestorben, und ein anderer hat sich dafür ausgegeben [l]). Zweytens macht eine falsche Beschreibung alsdenn das Vermächtniß, oder die Erbeseinsetzung (S. 451) ungültig, wenn der Testator einen Ort nennt, wo die Sache seyn soll, und an diesem Orte findet sich die Sache nicht. Z. B. er sagte, dem N. vermache ich meine goldene Uhr, die unter dem Spiegel hängt, und es hängt keine dort, es findet sich auch sonst nirgends eine. Jetzt bekommt N nichts [m]). Es geschieht nicht selten, daß die Erblasser eine Ursache anführen, um welcher Willen sie Jemanden etwas vermacht haben; diesen Umstand nennen die Rechtslehrer die Bewegursache (causa). Z. B. der Erblasser sagte: ich vermache dem Herrn D. N. 1500 Rt., weil er mir in meiner langen Krankheit die größte Sorgfalt und Freundschaft bewiesen hat (S. 226). Dieses wird ein legatum sub causa genennt. In Ansehung dieser Art von Vermächtnissen wird in Gesetzen verschiednes festgesetzt. Erstlich verordnen sie; wenn gleich die angeführte Ursache des Vermächtnisses falsch ist, so gilt das Vermächtniß dennoch;

l) L. 4. C. de hered. inst. — CONRADI D. de volunt. testat. dub. ob error. in nom. vel demonstr. her. et legat. com. Helmst. 1736.

m) L. 108. §. 10. D. de legat. I. L. 8. §. 2. de legat. II. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 251. VINNIVS Qu. sel. II. 27. AVERAN. V. 14.

denn ein Erblasser giebt bisweilen mit Vorsatz eine falsche Bewegursache an, entweder deswegen, weil er die wahre Ursache nicht angeben, oder weil er eine Art von Dankbarkeit, Großmuth, Billigkeit, u. d. zu erkennen geben wollen. Alsdenn macht aber eine falsche Ursache das Vermächtniß ungültig, wenn der Erbe zu beweisen im Stande ist, der Erblasser würde das Vermächtniß nicht hinterlassen haben, wenn er gewußt hätte, die Ursache sey falsch. Z. B. der N. ist nicht sein wahrer Freund gewesen, sondern hat ihm würklich geschadet [n]), oder es kann bewiesen werden, daß die Ursache die einzige Absicht des hinterlassenen Vermächtnisses war, und wie eine Bedingung gelten sollte. Dieser Fall tritt ein, wenn man Jemanden für einen Blutsfreund oder Schwager hält, und er ist es nicht. Wäre also einem künftigen Schwiegersohne nur auf den Fall der Ehe etwas vermacht, die Tochter stirbt aber, so bekommt er nichts. Hat der Erblasser zweyerley Sachen einer und ebenderselben Person vermacht, und bey der einen eine Bewegursache angeführt, bey der andern aber nicht, so wird sie dennoch auch auf die letzte ausgedehnt [o]). Will der Erbe die Gültigkeit eines Vermächtnisses, wobey der Erblasser eine Bewegursache angeführt hat, welche aber nicht zu Recht beständig ist, anfechten, und kann er den Beweiß hinlänglich führen, so muß er der Klage auf die Ablieferung des Vermächtnisses, die Einrede des Betrugs (exc. doli) entgegen setzen [p]). Nicht selten werden Vermächtnisse hinterlassen,

n) L. 17. §. 2 et 3. I. 72. §. 6. D. de cond. et dem. §. 31. Inst. de legat.

o) L 4 C. de hered. inst. L. 101. pr. D. de cond. et dem. L 108 eod.

p) Der Herr Vicekanzler Strube in den rechtl. Bed. 2 Th. S. 393. 5 Th. S. 66.

lassen zu einem bestimmten Zweck, das heißt, der Erblasser erklärt: wozu das Legat angewendet werden soll. Man nennt sie legata sub modo; und sie haben mit Vermächtnissen wobey eine Bedingung gebraucht worden, verschiednes gleich, daher es oft schwer ist zu bestimmen, ob ein Legat ein bedingtes ist, oder ein solches, welches zu Erreichung und Erfüllung eines angegebenen Zwecks verwendet werden soll (S. 447). Bey zweifelhaften Fällen muß vor allen Dingen festgesetzt werden, ob es des Erblassers Wille gewesen, daß noch zuvor etwas geschehen soll, eher als das Vermächtniß ausgezahlt werden darf, oder ob seine Meynung dahin gegangen ist, daß der Vermächtnißnehmer erst nach bereits erhaltenem Legat, dasjenige thun soll, wozu das Legat hinterlassen worden. Dieser Umstand bringt ganz verschiedene Rechte hervor. Ein Vermächtniß, welches nicht eher gefordert werden darf, als bis etwas geschehen ist, kann der Legatarius nicht eher als das seinige betrachten, als bis die Bedingung in Erfüllung gegangen ist; stirbt er eher, so bekommen seine Erben nichts. Soll aber etwas erst alsdenn geschehen, nachdem das Vermächtniß abgeliefert worden, so wird der Legatarius sogleich Eigenthümer, und braucht nur das zu leisten, was er leisten soll, damit er das Vermächtniß nicht wieder herauszugeben genöthigt werden kann q). In Rücksicht auf die Schuldigkeit, den Zweck des Legats zu erfüllen, muß der S. 447 bemerkte Unterschied, auch hier angewendet werden. Es kommt nämlich darauf an, ob der Zweck des Legats einzig und allein den Vermächtnißnehmer

q) LEYSER Spec. 399. med. 1. KORTHOLT D. de eó, quod iust. est circa cond. §. 19. MAIANSIVS D. de his quae sub modo relinq. §. 9.

angeht; oder es ist dabey auf eine dritte Person gesehen worden. Im ersten Falle braucht der Zweck nicht erfüllt zu werden, und das Legat darf dennoch nicht zurückgefordert werden; im zweyten aber muß der Legatarius schlechterdings den Zweck erfüllen, es mag bloß der Erblasser, oder der Erbe, oder sonst eine dritte Person dabey interessirt seyn [r]). In diesen drey Fällen muß der Legatarius entweder die Mucianische Caution bestellen (S. 442), wenn er das Legat verlangt, oder vorher den Zweck erfüllt haben [s]). In den Gesetzen werden viele Beyspiele angeführt von Vermächtnissen sub modo, oder mit einer Auflage. Vermachte der Erblasser seinem Sclaven die Freyheit mit der Erklärung, daß er dem Erben deswegen so und so viel bezahlen solle, so mußte er dieses zwar thun, es schadete ihm aber nicht, wenn er das Geld nicht an den Erben selbst, sondern nach seinem Tode, an dessen Erben bezahlt hatte. Diese Abweichung von der Regel ließ man deswegen passiren, weil die Freyheit auf alle mögliche Weise begünstigt wurde. Bey andern Vermächtnissen kann aber diese Ausnahme nicht statt finden, sondern wenn der Legatarius den Zweck nicht noch beym Leben dessen erfüllt, zu dessen Besten er erfüllt werden soll, so fällt das Vermächtniß zurück [t]). Ist er jedoch von seiner Seite nicht saumselig gewesen (in mora), und dennoch starb derjenige, zu dessen Besten der Zweck erfüllt werden sollte, so verliehrt er das Vermächtniß nicht. Eben so kann auch ein Legatarius

r) Höpfners Comment. über die Instit. S. 506.

s) L. 19. D. de legat. III. L. 40. §. 5. L. 71. pr. L. 80. D. de cond. et dem. L. 44. D. de manum. test.

t) L. 51. §. 1. L. 94. L. 109. D. de cond. et demon. L. 2. C. de his quae sub modo.

rius nicht zur Bezahlung der darauf gesetzten Strafe angehalten werden, wenn er nach dem Willen einer andern Person etwas thun sollen, oder wenn er es nicht gethan hat, eine angegebene Strafe erlegen; und er ist zwar von seiner Seite bereit gewesen, den Zweck zu erfüllen, die dritte Person hinderte aber die Ausführung, entweder, weil sie starb, oder sonst Ursache an der Nichtausführung des Zwecks war u). Wenn mehrern ein Legat hinterlassen worden mit der Erklärung, daß sie alle etwas thun sollen, und nun erfüllt nur der eine den Zweck, die übrigen aber nicht, so gehört ihm auch das Vermächtniß alleine. Sollte mehrern etwas zu erfüllen auferlegt worden seyn, so ist jeder für das Ganze zu stehen schuldig x). Ist Jemand ein Legat ausgesetzt worden, daß er die Begräbnißkosten davon bezahlen soll, und es bleibt etwas übrig, so gehört dieser Ueberschuß ihm zu. Hatte der Legatarius ein Grabmahl, welches ihm bey einer festgesetzten Strafe, nach einem vorgeschriebnen Modell verfertigen zu lassen, auferlegt worden, nach dieser Vorschrift errichten lassen, nachher fand sichs aber, daß sich der Erblasser geirrt habe, und man wußte, wie ers eigentlich haben wollen, so mußte es auf diese Art aufgerichtet werden; sonst aber nach dem Vermögen und Stande des Testators; jedoch wurde Niemand des Vermächtnisses oder der Erbschaft für unwürdig und verlustig erklärt, weil er bey Errichtung des Grabmahls nicht die Vorschrift des Testators befolgt hatte, sondern er mußte es nach derselben verfertigen lassen y). Wenn Jemanden ein

u) L. 7. C. de cond. inf. L. 1. C. de his quae sub modo. L. 6. pr. L. 14. D. de cond. et dem.

x) L. 10. D. de legat. III. L. 80. §. 1. ad Leg. Falc.

y) L. 88. §. 1. D. de legat. II. L. 27. D. de cond. et dem. L. 5. C. de his quae vt ind.

Vermächtniß ausgesetzt worden mit der Erklärung, daß er die Schulden und Ausgaben der vorigen und künftigen Zeiten davon bezahlen soll, und es findet sich, daß der Erblasser selbst bereits einen Theil derselben abgetragen hat, so kann dem Vermächtnißnehmer weiter nichts zugemuthet werden, als die noch rückständigen zu bezahlen; folglich ist es nicht erlaubt, ihm auch überdieses noch so viel abzufordern, als der Erblasser bereits bezahlt hat. Auch wenn dem Vermächtnißnehmer etwas aufgelegt worden, wovon er größern Vortheil hat, als der Erbe, so kann er sich deswegen nicht weigern, den Willen des Testators zu erfüllen; und er ist daher auch schuldig, Caution zu machen, wenn er nicht gleich thun kann oder thun will, was ihm aufgelegt worden [z]). War mehrern Personen eine Werkstatt hinterlassen worden, um eine Kunst oder Profeßion fortzusetzen, einer davon konnte sie aber nur ausüben; dieser starb hierauf, und nun fiel sein Antheil den übrigen zu, welche die Kunst nicht fortsetzen konnten, so behielten sie dennoch die Werkstatt, weil die Fortsetzung der Kunst von dem Erblasser, nicht ausdrücklich zur Absicht seines Legats gemacht worden [a]). Hatte Jemand der Stadt etwas vermacht, um gewisse öffentliche Spiele zu geben, diese waren aber verbothen; so mußte der Erbe dennoch das Legat auszahlen, und nun hatten die Vorgesetzten der Stadt mit Zuziehung des Erben zu überlegen, zu welcher andern löblichen Absicht das Vermächtniß angewendet werden könne. Die zu neuen Gebäuden und Verschönerungen öffentlicher Plätze vermachten Gelder, müssen alsdenn zur Erhaltung

z) L. 88. §. 2. D. de legat. II. L. 19. de legat. III. L. 71. pr. D. de cond. et dem.

a) Herr Hofrath Claproth von Testam. S. 307.

haltung der bereits vorhandenen angewendet werden, wenn es der Stadt an Gelde fehlt, und überdieses dergleichen Gebäude genug da sind. Eben so muß das Vermächtniß zu Errichtung neuer Gebäude, alsdenn zur Erhaltung alter angewendet werden, wenn es zu dem neuen Bau nicht zureicht. Außer diesen Fällen dürfen aber Vermächtnisse, welche öffentlichen Gesellschaften zu einem bestimmtem Endzwecke vermacht worden, ohne besondere Bewilligung des Landesregenten nicht zu einer andern, als zu der von dem Erblasser ausdrücklich angeführten Absicht verwendet werden [b]). Die Vermächtnisse zu einem bestimmten Endzwecke können wie bereits gesagt worden (S. 600), nicht eher gefordert werden, als bis entweder der Endzweck, welchen der Testator angegeben, erfüllt worden, oder der Vermächtnißnehmer Sicherheit bestellt hat, daß er dem Willen des Erblassers völlig nachkommen werde. Derjenige, zu dessen Vortheil der Endzweck erfüllt werden soll, kann beym Richter um die Erfüllung desselben ansuchen, worauf dem Legatarius ein Termin zur Erfüllung bey Strafe angesetzt wird. Vor Justinians Zeiten wurden dergleichen Legate, welche zu einem Endzweck hinterlassen worden, und der Vermächtnißnehmer erfüllte die Absicht nicht, vom Fiscus eingezogen. Justinian schafte diese Strafe ab [c]) und verordnete, daß das Vermächtniß an den Erben, oder an denjenigen, dem es zu bezahlen vom Erblasser auferlegt worden, wieder zurück fallen sollte, wenn kein Substitut, oder ein Mitvermächtnißnehmer da wäre, dem es auf diesen Fall ausgesetzt worden.

§. 8.

b) L. 16. D. de vsu et vsufr. per — dato. L. f. de oper. publ. L. 4. de admin. rer. ciuit.

c) L. 1. §. 3. 4. 7. 8. C. de cad. toll.

§. 8.

Besondere Arten der Vermächtnisse.

Wenn man die wahre Natur und Beschaffenheit der Legate kennen lernen will, so muß man außer den im vorigen Paragraphen vorgetragenen allgemeinen Wahrheiten von Vermächtnissen, auch mit den vornehmsten Arten derselben gehörig bekannt seyn, da so sehr viel eignes dabey vorkömmt; und sodann können erst die übrigen S. 550 angeführten Fragen genau beantwortet werden. Die besondern Arten der Vermächtnisse kommen im 33. Buche der Pandecten, vom 1. Titel an, in folgender Ordnung vor. Zuerst wird von jährlichen Vermächtnissen gehandelt [d]). Unter einem Jahrvermächtnisse wird ein solches Vermächtniß verstanden (legatum annuum) welches alle Jahre bezahlt oder abgeführt werden soll. Sie werden in Gesetzen in solche jährliche Vermächtnisse eingetheilt, welche mit dem Tode des Vermächtnißnehmers aufhören, und in andere, welche nicht mit dem Tode desselben aufhören [e]). Jene nennt man Zeitvermächtnisse (legatum temporale), diese aber immerwährende (legatum perpetuum); und dazu gehören diejenigen, welche auf die Erben des ersten Vermächtnißnehmers übergehen, oder einer Gesellschaft, einer Stadt, einem Amte, oder einer Würde ausgesetzt sind. Die Zeitvermächtnisse hören mit dem Tode des Vermächtnißnehmers auf, und erstrecken sich allemal nur auf ein Jahr. Hat der Legatarius nur den Anfang des Jahres erlebt, so ist er auch berechtigt, das Vermächtniß zu fordern, stirbt er aber vor dem Anfange

d) Leyser Spec. 383. Madihn Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 260.

e) L. 1. 2. 4. 8. 12. 18. §. 1. D. de annuis legat. et fideic. L. 6. 20. §. 1. L. 23. L. 24. eod.

ge des Jahres, so gehört seinen Erben das Vermächtniß nicht [f]). Das erstemal gehört das jährliche Vermächtniß dem Legatarius alsdann, wenn er den Erblasser überlebt hat, und von dieser Zeit an, wird der Anfang eines jeden folgenden Jahres gerechnet. Der Umstand, daß der Vermächtnißnehmer allemal den Anfang des neuen Jahres erlebt haben muß, wenn er ein Recht haben soll, das Vermächtniß zu fordern, hat zu dem Rechtssatze Gelegenheit gegeben, jährliche Vermächtnisse sind nicht für ein einziges Vermächtniß überhaupt zu halten, sondern für lauter einzelne Vermächtnisse [g]). Mit jedem Jahre ist ein neues Vermächtniß angegangen. Dieser Satz ist deswegen so äußerst merkwürdig, weil der Verlust eines solchen Vermächtnisses, welcher durch eine Verjährung entsteht, auf diesem einzigen Umstande beruht. Weil die Jahrvermächtnisse für einzelne und jedesmal neue Vermächtnisse gehalten werden, so muß in Rücksicht auf jede Ablieferung des Vermächtnisses 30 Jahr vergangen seyn, ehe man sagen darf, der Legatarius kann das ihm jährlich vermachte Legat nun nicht mehr fordern [h]). Z. B. 1760 war das erste Jahr gefällig, und dieser Termin wird ganzer 30 Jahr über nicht gefordert, so kann er nach 30 Jahren nicht mehr gefordert werden. Nun geht es aber doch an, den Termin von 1761 noch zu fordern, wenn nicht auch schon 30 Jahr vergangen seyn sollten, und so wird bey jedem Jahre eine Zeit von 30 Jahren erfordert. Die Ursache liegt aber eben in dem Umstande, daß mit jedem Anfange eines neuen Jahres erst das Recht zur Forderung

f) L. 8. D. de ann. legat. et fideic.
g) L. 11. D. de ann. legat. et fideic.
h) Hellfeld Iurispr. for. §. 1531.

rung entsteht, und vor diesem habenden Rechte kann keine Strafe der Nachläßigkeit, welches eben die Verjährung ist, statt haben. Ganz anders verhält es sich aber mit der Verjährung des ganzen Jahresvermächtnisses überhaupt als ein Recht betrachtet. Dieses wird nach Ablauf einer einzigen Verjährungsfrist völlig verlohren, wenn die zu einer Verjährung erforderlichen Umstände eintreten [i]). Zum richtigen Verstande, der ganzen Materie von jährlichen Vermächtnissen, werden folgende Wahrheiten viel beytragen. Sollte der Erblasser Jemanden eine bestimmte Summe vermacht haben, von der er aber zugleich verordnet hat, daß sie in gewissen Terminen bezahlt werden soll, so ist dieses für ein einziges Legat zu halten, und nicht für ein Zeitvermächtniß. Der Testator kann auch sogar befehlen, daß dieses Vermächtniß so lange verintereßirt werden soll, bis es völlig abgetragen worden; deswegen bleibt es aber immer ein einziges Vermächtniß [k]). Ist der Erbe von seinem Erblaßer gebethen worden, einer gewissen Person zu einer bestimmten Zeit den Unterhalt und die Kleidung zu geben, und er hat dieses drey Jahr hindurch gethan, so muß es auch noch ferner geschehen. Auch dieses erklären die Gesetze für ein jährliches Vermächtniß, wenn der Erblasser verordnet hat, ohne die Worte alle Jahr zu brauchen, daß der Erbe Jemanden bis zu einer gewissen Zeit, z. B. bis er 35 Jahr alt seyn, oder die väterliche Erbschaft gehoben haben wird, eine gewisse Summe an Gelde, oder Quantität an Lebensmitteln abliefern soll [l]). Ein beständiges

i) L. 7. §. 6. C. de praescr. trig. vel quadr. annor.

k) L. 20. L. 26. D. quando dies legat. L. 3, §. 6. L. 10. §. 2. D. de ann. legat.

l) L. 17. pr. D. quando dies legat.

diges jährliches Vermächtniß (leg. an perp.), kann Jemand nicht bloß alsdann fordern, wenn der Testator dieses deutlich mit Worten gesagt hat, sondern man schließt auch auf seinen Willen aus den Anstalten, welche eine beständige Fortdauer zur Absicht haben. Dagegegen kann nicht eingewendet werden, der Erblasser habe nur seinem Erben die Verbindlichkeit des jährlichen Vermächtnisses aufgelegt, aber nicht auch dessen Erben und Nachkommen ausdrücklich genannt. Es wird ein jährliches Vermächtniß auch selbst alsdann für immerwährend gehalten, wenn öffentliche Personen Antheil daran nehmen, wo es ebenfalls auf die Nachfolger im Amte ausgedehnt wird; doch wird zur Fortdauer desselben schlechterdings erfordert, daß die Absicht erfüllt worden, welche der Erblasser durch das Jahrvermächtniß erreichen wollen, sonst kann nichts gefordert werden [m]). Sind die Jahrvermächtnisse auf gewisse deutlich angegebne Grundstücke und Sachen gelegt worden, wovon sie genommen werden sollen, so müssen sie alsdenn abgetragen werden, wenn diese Einkünfte entrichtet werden. Ist Jemanden eine Quantität Wein, von einer gewissen Sorte, die der Erblasser selbst erbaute, vermacht worden, nun wächst aber ein Jahr nichts, so muß die Quantität die folgenden Jahre nachgegeben werden, wenn so viel gewachsen ist [n]). Sollte aber der Erblasser erklärt haben, daß die Termine nicht gleich seyn sollen, er hat jedoch in Ansehung ihrer Größe nichts gewisses bestimmt, oder die Termine sind von ihm dem Gutbefinden eines sach-

m) L. 6. L. 20. §. 1. L. 21. §. 3. L. 23. L. 24. D. de ann. leg.

n) L. 12. §. 5. D. quando dies legat. ced. L. 17. §. 1. D. de ann. legat.

sachverständigen Mannes überlassen, oder dem Legatarius ist das Recht zugestanden worden, die Größe des Jahrvermächtnisses zu bestimmen, so muß dennoch in allen solchen Fällen, bey Bestimmung der Größe des Legats auf das Verhältniß des Vermögens Rücksicht genommen, und alles so eingerichtet werden, daß die Erben so wenig wie möglich beschwert werden o). Bey Vermächtnissen die nicht immerwährend seyn, sondern nur eine bestimmte Zeit über geleistet werden sollen, wird vermuthet, daß die ganze vermachte Summe, in so vielen Terminen abgetragen werden soll, als Jahre genennt sind; es müßte denn die Absicht des Testators, ein immerwährendes Vermächtniß hinterlassen zu wollen, aus andern Umständen völlig klar zu Tage liegen p). Wenn einem Gelehrten ein Jahrvermächtniß ausgesetzt, überdieses noch eine Summe vermacht, und endlich der Erbe vom Erblasser gebeten worden, den Freund so zu versorgen, daß es ihm an nichts fehle, so kann der Vermächtnißnehmer sowohl das Jahrvermächtniß als das besondere Legat fordern. War einer Person ein jährliches Vermächtniß ausgesetzt worden, wenn sie beständig des Erblassers Witwe Gesellschaft leisten würde; vorher hatte aber die Dame keine Reisen gemacht, und nun reisete sie viel, ohne das Jahrvermächtniß zu vergrößern, so fragte sichs, ob die Person, welcher das Jahrgeld ausgesetzt worden, der Dame auch auf ihren Reisen Gesellschaft leisten müße. Der Jurist gab zu erkennen, der Richter müsse nach der Billigkeit, mit Rücksicht auf die kurzen oder langen Reisen entscheiden q). Starb die Person, welcher Gesellschaft geleistet werden sollte, so hörte

o) L. 3. §. 2. 3. 4. D. de ann. leg.
p) L. 20. D. quando dies legat. ced. L. 3. §. 1. eod.
q) L. 13. §. 1. D. de ann. leg.

hörte das Vermächtniß deswegen nicht auf. War einem Arzte sein Jahrgehalt ferner vermacht worden, so durfte er deswegen nicht auch die beym Leben des Erblassers von ihm erhaltenen außerordentlichen Geschenke fordern [r]). Wenn Jemanden ein Jahrvermächtniß hinterlassen worden, der Erblasser hatte aber die Größe nicht bestimmt, so kann das Vermächtniß dennoch gefordert werden, und bey der Größe desselben wird erstlich darauf gesehen, wie viel er vom Erblasser selbst erhalten hat; hat er ihm aber bey seinem Leben nichts gegeben, so muß die Größe nach dem Stande des Vermächtnißnehmers bestimmt werden [s]). Sollte der Erbe die Grundstücke, deren Einkünfte entweder ganz oder zum Theil, einem andern als ein Jahrvermächtniß angewiesen worden, verkauft haben, so darf er nur nicht etwa die Zinsen des Kaufgeldes anstatt der Einkünfte geben, sondern die Einkünfte bleiben nach wie vor der Gegenstand des Vermächtnisses [t]). Die zeitigen Jahrvermächtnisse (legat. temp.) hören auf, wenn der Legatarius gestorben ist [u]); sollte er aber bloß die geringste Capitisdeminution erlitten haben, so gehen sie eben so wenig verlohren, wie der vermachte Niesbrauch (Handb. 4. Th. S. 587.) Sollte der Erblasser verschiedenen Personen, mehrere Grundstücke vermacht, und dabey erklärt haben, daß jährlich aus dem einen Grundstücke auf das andere, eine bestimmte Quantität Früchte

r) L. 20. pr. L. 10. §. 1. D. de ann. legat.
s) L. 14. D. de ann. legat. L. 22. de alim. leg.
t) L. 21. pr. de ann. leg.
u) L. 4. 8. 11. 12. D. de ann. leg. L. 11. 13. 22. 23. D. de vsu et vsufr. — per leg. et fid. dat. L. 10. 11. 12. pr. §. 1—4. L. 23. D. quando dies leg. L. 1. C. eod. L. 24. pr. D. de ol. l. tr. leg.

Früchte herüber gegeben werden solle, so hört dieses Vermächtniß ebenfalls auch mit dem Tode auf, und darf für keine immerwährende Servitut gehalten werden. Wenn Jemanden die Einkünfte von den Güthern eines Unmündigen vermacht worden, so lange bis das Kind mündig geworden, der Legatarius stirbt aber noch vor erlangter Mündigkeit, so hört mit seinem Tode das Vermächtniß auf, und die Erben dürfen nichts fordern x). Die zeitigen Jahrvermächtnisse können noch eher als mit dem Tode des Vermächtnißnehmers aufhören. Dieses geschieht 1) alsdenn, wenn das Vermächtniß nur auf eine festgesetzte Zeit hinterlassen worden, 2) wenn derjenige das Jahrvermächtniß abtragen mußte, der selbst nur den Niesbrauch an einer Sache hatte, und er stirbt selbst. Jetzt ist der Eigenthümer des Grundstücks nicht das Jahrvermächtniß weiter fort zu entrichten schuldig, denn es ist ihm nicht aufgelegt worden. Die Erben dessen der den Niesbrauch hatte, sind es auch nicht schuldig, es müßte denn vom Erblasser ausdrücklich verordnet worden, und überdieses so viel von dem erhobenen Niesbrauch übrig geblieben seyn, als zur fernern Ablieferung des Vermächtnisses nöthig ist y). Drittens hört ein zeitiges Jahrvermächtniß auf, wenn es zu dem Ende ausgesetzt worden, damit etwas davon geleistet werden soll, dieses kann aber nicht weiter geschehen. Z. B. der Erblasser hatte gesagt: wenn A. für meine Kinder eben so redlich sorgen wird, wie er für mich gesorgt hat, so soll er die zeither gehabte freye Wohnung ferner behalten; und 100 Thlr. alle Jahr an Gelde. Sterben einige Kinder, so müssen die übrigen zwar den auf sie kommen-

den

x) L. 12. D. de ann. legat. L. 21. §. 5. eod.
y) L. 18. pr. L. 19. pr. D. de ann. legat.

den Antheil des Vermächtnisses noch abtragen, aber die Antheile der verstorbenen hören auf. Ist ein Jahrvermächtniß deswegen ausgesetzt worden, damit der Legatarius zum Besten eines andern etwas thun soll, dieser will aber die Bemühung nicht annehmen, so kann das Vermächtniß dennoch gefordert werden. Aber der Legatarius darf sich auch nicht weigern, die Arbeit zu thun, sobald sie verlangt werden sollte, ob man sie gleich bisher nicht annehmen wollen [z]). Was zeither von Jahrvermächtnissen gesagt worden, läßt sich auch auf die monatlichen Vermächtnisse, das heißt auf solche, welche alle Monathe abgeliefert werden müssen (legata menstrua) anwenden. Die Ablieferung dieser Art von Vermächtnissen überhaupt, es mögen Jahrvermächtnisse oder monatliche seyn, muß jedesmal an dem Orte geschehen, welchen der Erblasser bestimmt hat. Sollte aber kein Ort von ihm genannt seyn, so muß das Vermächtniß an jedem Orte abgeliefert werden, wo es gefordert wird [a]). So viel von Jahrvermächtnissen. Nach denselben wird das Vermächtniß der persönlichen Servituten, als eine besondere Art von Vermächtnissen in den Pandecten angeführt [b]). Es war nämlich erlaubt, Jemanden den Niesbrauch seines Vermögens, oder den bloßen Gebrauch, oder die Wohnungsgerechtigkeit, oder die Arbeiten seiner Sclaven (Handb. 4. Th. S. 533) zu vermachen. Diese Vermächtnisse haben verschiedenes von den übrigen abweichendes, worin sie gewissermaßen mit einander übereinkommen. Eine vermachte persönliche

z) L. 10. pr. §. 3. de ann. legat. L. 13. pr. eod. L. 101. §. 4. D. de cond. et dem.

a) L. 1. D. de ann. legat.

b) Leyser Spec. 385.

Servitut giebt dem Vermächtnißnehmer bloß ein persönliches Recht, keinesweges aber bekommt er das Eigenthum an der vermachten Sache; denn dieses gehört entweder dem Erben, oder demjenigen der das Vermächtniß leisten soll. Der Vermächtnißnehmer darf daher die Sache worauf die ihm vermachte Servitut liegt, nicht etwa veräußern. Nicht einmal derjenige, welcher den Niesbrauch des ganzen Vermögens bekommen hat, darf eine Veräußerung vornehmen [c]), wenn ihm der Erblasser dieses Recht nicht gewissermaßen zugestanden haben sollte; welches aber daraus noch nicht geschlossen werden darf, weil der Erblasser dem Legatarius eine Befugniß zu disponiren zugestanden hat, welche nur von den vermöge des Niesbrauchs erhobenen Sachen zu verstehen ist [d]). Der Niesbrauch, welcher vermacht werden kann, ist entweder der Niesbrauch (Handb. 4. Th. S. 535) aller Güther, oder der Niesbrauch einer einzelnen Sache. Der erste hat nicht eher statt, als bis vorher alle Schulden bezahlt worden sind [e]). Wenn aber der Niesbrauch bloß von einer einzelnen Sache, und zwar dem einen das Grundstück, und dem andern die Benutzung desselben vermacht worden, so haben beyde ein Recht auf die Früchte, wenn nicht etwa der Erblasser das Grundstück ausdrücklich, die Früchte davon ausgenommen, Jemanden vermacht haben sollte [f]). Ist der Niesbrauch mehrern zugleich vermacht worden, so tritt bisweilen das Anfallsrecht ein, und zwar nicht nur in dem Falle, wenn der Mitvermächtnißnehmer seinen Antheil gar nicht ange-

c) L. 9. C. de vsufr.
d) L. 3. C. de liber. praeterit.
e) L. 37. l. 47. de vsu et vsufr. — dat.
f) L. 19. de vsu et vsufr. — dat. L. 6. D. de vsufr. ear.

angenommen hat, sondern auch alsdann, nachdem sie bereits beyde von dem Niesbrauch Besitz genommen haben, denn auf die Erben desselben geht er nicht über g). Die Ursache warum die Römer annahmen, daß alsdann, wenn der Erblasser dem einen das Eigenthum der Sache, und dem andern den Niesbrauch davon vermacht hatte, der Niesbrauch unter beyde getheilt werden müsse, lag in der Natur der Vermächtnisse. Wir haben nämlich S. 576 gesehen, daß sie solche nach dem strengsten Wortverstande erklärten. Nun war es bey den Römern eine natürliche Folge des Eigenthums einer Sache, daß dem Eigenthümer auch das Benutzungsrecht seiner Sache gehörte, nach der Rechtsregel, wem die Hauptsache gehört, hat auch ein Recht auf die Früchte h). Hatte also der Testator gesagt, dem A vermache ich das Eigenthum meines Gartens, so konnte er die Folge des Eigenthums, die Benutzung des Gartens nicht anders davon trennen, als wenn er zugleich ausdrücklich erklärte, den Nutzen des Gartens aber vermache ich dem B, (detracto vsufructu). Wenn er aber diese Worte nicht gebraucht, sondern schlechtweg dem A das Eigenthum des Gartens, dem B hingegen den Niesbrauch desselben vermacht hatte, so gehörte dem A vermöge des erhaltenen Eigenthums, die Benutzung. Weil aber doch auf der andern Seite der Wille des Erblassers genau erfüllt werden mußte, so fand man den Ausweg, daß man den Niesbrauch unter den Eigenthümer und den Vermächtnißnehmer theilte. Ich habe ferner gesagt, wenn der Niesbrauch mehrern vermacht worden, und der eine Mit-

g) L. 1. §. 1, L. 3. §. 2. D. de vsufr. accresc.

h) L. 57. D. de verb. oblig. L. 19. D. h. t. LEYSER Spec. 385. med. 3.

legatarius, welcher seinen Antheil bereits würklich benutzt hat, stirbt, oder er entsagt auf die fernere Benutzung, so fällt sein Antheil vermöge des Anfallsrechts (ius accrescendi) an die andern Mitvermächtnißnehmer, und nicht an den Eigenthümer der Sache. Die Ursache lag in dem Umstande, daß der Niesbrauch eine Art von Servituten ist, diese aber unzertrennlich oder untheilbar sind (indiuidua) wie wir im 4. Th. dieses Handbuchs S. 455 gesehen haben. Jeder einzelne Mitvermächtnißnehmer hatte eigentlich ein Recht auf den ganzen Niesbrauch, und die Ausübung desselben wurde bloß dadurch eingeschränkt, daß er noch mehrere Mitvermächtnißnehmer neben sich hatte. Fielen aber diese entweder ganz oder doch zum Theil weg, so wurde er nun der alleinige Nutznießer, und der Eigenthümer durfte nicht an die Stelle der übrigen treten i). Wir haben im vierten Theile dieses Handbuchs S. 594 gesehen, daß derjenige dem eine Servitut überhaupt gehört, die confeßorische Klage anstellen könne, wenn man ihm dieselbe nicht zugestehen will. Daher bedient sich auch der Legatarius derselben, wenn er klagen muß, denn das Recht zur Servitut ist ihm mit dem Tode des Erblassers von selbst (ipso iure) zugefallen. Wer selbst nichts weiter als eine Servitut hat, kann nicht dieselbe weiter vermachen, denn das würde eine Servitut einer andern Servitut seyn. Gesetzt aber, es hatte einer zwey Häuser, und diese vermachte er zwey Personen, jeder besonders. Nun gehörte zu dem einen die Servitut des Ueberbaus über das andere. Hier waren die Rechtslehrer über die Frage, ob die Servitut noch fortdaure oder nicht, verschiedner Mey-

i) L. 1. §. 1. D. de vsufr. — fid. leg. L. 3. §. 2. D. de vsufr. accresc.

Meynung. Julianus unterschied, ob die Servitut ausdrücklich mit vermacht, oder das Haus wie es jetzt ist, hinterlassen worden. Minicius behauptete, sie müsse fortdauern k). Vom Vermächtnisse des Niesbrauchs muß das Vermächtniß der Einkünfte eines Grundstücks (legat. reditus) genau unterschieden werden; denn es begreift nicht so viel als jenes. Wem der Niesbrauch vermacht worden, dem muß die vermachte Sache zur Benutzung übergeben werden, und hier hat er diejenigen Pflichten zu beobachten, wovon im 4 Th. dieses Handbuchs S. 535 u. f. gehandelt worden. Sind aber Jemanden bloß die Einkünfte von einem Hause, oder Güthe vermacht worden, so behält der Eigenthümer die Sache im Besitz, und giebt dem Legatarius bloß die erhobenen Einkünfte. Der Eigenthümer kann mit seiner Sache vornehmen was er will l). In Ansehung der Ausübung der Rechte, welche eine vermachte persönliche Servitut mit sich bringt ist nichts besonders zu merken, sondern es findet hier alles seine Anwendung, was von der Beschaffenheit der verschiednen Arten der persönlichen Servituten im 4 Th. dieses Handb. S. 533 gesagt worden ist. Noch bemerke ich folgendes. Wenn eine Mutter den Niesbrauch aller Güther ihrer Mutter vermacht hatte, welcher ihren Kindern, oder wer davon am Leben, nach dem Tode des Großvaters zurück fallen sollte, und nun einige Kinder zwar nach angetretener Erbschaft, jedoch vor der Großmutter verstorben waren, so fiel der Niesbrauch des Erbtheils auf die Erben m). Nicht nur persönliche, sondern auch Realservituten können vermacht

k) L. 1. de seruit. legata.
l) L. 38. D. de vsu et vsufr. et redit.
m) L. 32. D. §. 1. de vsu et vsufr. — leg. dato.

werden (Handb. 4 Th. S. 460). Von dieser Art von Vermächtnissen wird in Gesetzen folgendes gesagt. Da die Natur der Realservituten darin besteht, daß das eine Grundstück von einem andern einen bestimmten Nutzen zieht, so folgt erstlich, daß ein solches Vermächtniß nicht bloß der Person des Vermächtnißnehmers zusteht, sondern mit dem Grundstück verbunden ist, und folglich auch mit dem Tode des Vermächtnißnehmers nicht aufhört n). Eine andere Folge dieses Vermächtnisses besteht darin, daß mehrere Besitzer des herrschenden Grundstücks die vermachte Realservitut jeder für sich ausüben können; und im Gegentheil von mehrern Besitzern des dienstleidenden Grundstücks jeder die völlige Ausübung der vermachten Servitut sich gefallen lassen muß o). Wenn der Erblasser ein Grundstück mit einem andern gemeinschaftlich besessen, so kann dieser eine Servitut davon vermachen. Auch wenn er dem einen ein Grundstück mit der Wegegerechtigkeit, dem andern aber ohne dieselbe vermacht, so gehört sie dennoch beyden, weil sie nicht zum Theil bestellt werden können; anders ist es aber, wenn dem einen das Grundstück ohne, dem andern aber mit einer Bedingung hinterlassen worden p). Unter die besonders zu betrachtenden Vermächtnisse, gehört auch der vermachte Brautschatz. Hier sind zweyerley Fälle genau von einander zu unterscheiden; nämlich 1) der Umstand, wenn Jemand einem Frauenzimmer einen Brautschatz durch eine letzte Willensverordnung aussetzt; 2) wenn der Ehemann seiner Frau ihren eingebrach-

ten

n) L. 6. D. de seruit. legata.

o) L. 7. D. de seruit. legata.

p) L. 2. D. de seruit. leg. L. 3. eod.

ten Brautschatz zurück vermacht q). Vom vermachten Brautschatze ist folgendes zu merken. Wenn Jemand einem Frauenzimmer etwas zu dem Ende vermacht, daß es ihr Brautschatz seyn soll, wenn sie einmal heyrathet, so wird dieses in Gesetzen legatum dotis constituendae genennt r). Ein dergleichen Vermächtniß kann jedem Frauenzimmer hinterlassen werden, es mag eine Jungfer, oder eine Wittwe, oder ein verheyrathetes Frauenzimmer seyn. Von dem zum Braurschatze gehörenden Knechten und Vieh dürfen die Kinder und das junge Vieh, weil es eine Zubehör ist, nicht zurück behalten werden s). Dieses Vermächtniß ist ein solches, wo ein Endzweck die Ursache desselben ist, das heißt, es ist ein sogenanntes legatum sub modo. Die Natur dieser Vermächtnisse ist S. 599 erläutert worden. Der Endzweck ist ein Vortheil, der sowohl dem Vermächtnißnehmer, als dem andern Ehegatten zu Statten kommen soll. Man hält dieses Vermächtniß, wenn es einer fremden Person ausgesetzt worden, so lange für ein bedingtes Legat, (legat. condit.) bis es gewiß ist, daß der Erblasser die Bedingung der künftigen Heyrath nicht damit verbunden hat t); und nachdem es einer armen Person oder einer reichen hinterlassen worden, hält man es im ersten Falle für eine Art der Vermächtnisse zu milden Sachen (legat. ad pias causas), im andern aber wird es wenigstens unter die begünstigten (legat. favorab.) gerechnet. Eine Folge dieses Satzes zeigt sich dadurch, daß der Erbe

q) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 254. 255.

r) PERILL. NETTELBLADT D. de legato dotis constituendae, Hal. 1750. rec. 1769.

s) L. 48. pr. D. de legat. II.

t) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S 255.

das Falcidische Viertel nicht abziehen darf, wenn der vermachte Brautschatz als eine milde Sache betrachtet wird. Dieses Legat wird aber nicht für eine Art von Unterhaltslegaten gehalten, daher man auch nicht von diesem auf jenes schließen darf. So lange die Ehe noch nicht eingegangen worden, haben die Erben derjenigen, welcher es ausgesetzt worden, noch kein Recht darauf, weil die Heyrath die Bedingung oder der Zweck des ganzen Vermächtnisses ist [u]); übrigens findet dennoch das ius accrescendi dabey statt. Sobald der Erblasser gestorben, kann dieses Legat gefordert werden, es müßte denn schlechterdings nicht anders hinterlassen worden seyn, als nach würklich geschlossener Ehe. Außer dieser beygefügten Bedingung kann das Vermächtniß nicht vorenthalten werden [x]); jedoch muß nach geschehener Uebergabe des Brautschatzes die Heyrath würklich erfolgen, und bis dahin Sicherheit bestellt werden. Erfolgt die Heyrath nicht, so fällt das Vermächtniß zurück. Nur bey Töchtern wird die Erfüllung des Endzwecks nicht schlechterdings gefordert, wenn ihnen der Vater einen Brautschatz vermacht hat, um sie den übrigen Töchtern gleich zu machen (S. 211). Unter diesen Umständen ist er im Grunde nichts anders als der Erbtheil, der ihr gleich mit dem Tode des Vaters zufällt; sie braucht folglich so wenig Caution wegen der Erfüllung des Endzwecks zu machen, als sie verbunden ist, die vermachte Sache herauszugeben, wenn sie nicht geheyrathet hat [y]). Tritt die-

u) L. 71. §. 3. D. de cond. et demonstr. L. 31. eod.

x) STRYCK Caut. test. c. 20. §. 35. LAVTERBACH Coll. theor. pract. de dote prael. §. 5. VOET ibid. n. 5. NETTELBLADT D. de legato dotis §. 15. WALCH Introd. S. 193.

y) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 255.

diejenige Person, welcher ein Brautschatz vermacht worden ist, würklich in die Ehe, so kann der Mann, wenn der Erbe, oder wer ihn ausantworten soll, denselben nicht in Güte abliefern will, darauf klagen, nicht nur mit Wissen und Willen des eigentlichen Vermächtnißnehmers, sondern auch sogar alsdenn, wenn er darauf Verzicht gethan hat, ja er ist befugt, wider den Ehegatten selbst zu klagen, wenn derselbe weder das eine noch das andere thun, sondern den Brautschatz für sich behalten will. Das Vermächtniß des Brautschatzes ist auch alsdenn gültig, wenn der Erblasser die Größe des Brautschatzes nicht selbst bestimmt hat; denn nun muß er vom Richter festgesetzt werden, welcher dabey auf das Vermögen des Erblassers, den Stand des Vermächtnißnehmers, u. d. Rücksicht nehmen muß z). Ist das Vermächtniß des Brautschatzes ein wahres bedingtes Vermächtniß, so darf es nicht eher gefordert werden, als nach geschlossener Ehe; und in diesem Falle werden auch keine Zinsen der Zwischenzeit gefordert, der Erbe mag davon Nutzen erhoben haben, oder nicht, denn er war nicht eher schuldig die Sache abzuliefern, als nach eingetretner Bedingung. Unter folgenden Umständen kann dieses Vermächtniß ganz und gar nicht weiter gefordert werden; nämlich alsdenn, wenn der Erblasser dasjenige, was er als Brautschatz vermacht hat, noch bey seinem Leben selbst als solchen übergeben hat; oder, wenn der Brautschatz bloß unter der Bedingung vermacht worden, wenn die Ehe mit einer genannten Person sollte eingegangen werden, und diese stirbt. Endlich darf der vermachte Brautschatz nicht gefordert werden, wenn das Frauenzimmer der er vermacht worden, ins Kloster gegangen

gen

z) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 256.

gen ist [a]). Nicht ganz für einerley mit dem Vermächtniß des Brautschatzes ist das Vermächtniß zur Ausstattung zu halten; obgleich übrigens von diesem alles gilt, was vom erstern angeführt worden ist. Ein Unterschied zeigt sich darin, daß die vermachte Ausstattung auch noch vor der Trauung, nämlich nach der Verlobung gefordert werden darf; dieses darf aber nicht bey dem vermachten Brautschatze geschehen, wenn er nicht anders, als unter der Bedingung, wenn die Heyrath würklich erfolgt seyn wird, hinterlassen worden. So viel vom vermachten Brautschatze. In Ansehung des von dem Ehemanne seiner Frau zurück vermachten Brautschatzes ist folgendes zu bemerken [b]). Durch dieses Vermächtniß erlangt die Frau, oder wer sonst berechtigt ist, den Brautschatz zurück zu fordern, alles das, was durch die Klage, die wegen der Zurückgabe des Brautschatzes angestellt werden muß, gefordert werden kann [c]). Der Vortheil, wenn der Brautschatz zurück vermacht worden, besteht in folgendem. Erstlich darf von den Erben des Testators nichts gegen die Richtigkeit des Brautschatzes eingewendet, sondern der Brautschatz muß als eingebracht anerkannt werden. Bloß die Gläubiger des Verstorbenen verbindet dieses Vermächtniß nicht, sondern sie sind berechtigt einen andern Beweiß zu fordern [d]). Der andere Vortheil von dem zurück vermachten Brautschatze zeigt sich bey der Zeit der Zurückgabe desselben, denn jetzt kann er gleich gefordert werden, da sonst die Zeit verschieden ist, wie im 3 Th. dieses Hand-

a) BERGERI Oecon. Iur. S. 295. edit. PERILL. b. de WINCKLER.

b) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 254.

c) L. 1. pr. §. 5. 9. 10. D. de dote prael.

d) Strubens rechtl. Bedenk. 2. Th. 23 Bed. S. 107.

Handbuchs S. 243 gezeigt worden ist e). Das geht aber nicht an, daß die Zurückgabe des Brautschatzes im Testament weiter herausgesetzt werden kann, als es nach der Vorschrift der Gesetze geschehen soll; es müßte denn diese Verordnung vermittelst eines Fideicommisses geschehen seyn, und das Vermächtniß außer dem Brautschatze noch etwas mehr in sich fassen f). Wenn anstatt des Brautschatzes eine Summe Geld vermacht worden, so muß das Vermächtniß ausgezahlt werden, es mag der Brautschatz noch beym Leben des Mannes zu Grunde gegangen seyn, oder nicht; hingegen solche Stücke, welche bloß deswegen geschätzt worden, damit man den Werth derselben sogleich weiß, werden in Natur zurück gegeben g). Wenn der Testator in seinem letzten Willen die Worte gebraucht: meiner Frau vermache ich ihren mir zugebrachten Brautschatz; so muß sie die würklich geschehene Uebergabe beweisen. Kann sie das nicht, so gilt das Vermächtniß nicht, und sie bekommt nichts h). Hat er aber ausdrücklich gesagt, worin ihr Brautschatz bestanden, oder sich auf das in der Ehestiftung enthaltene Verzeichniß des Brautschatzes berufen, so muß die Frau das Vermächtniß bekommen, wenn es auch gleich aus andern Umständen gewiß ist, daß sie nichts eingebracht hat i). Hat der Schwiegervater in seinem Testament erklärt, daß ihm sein Schwiegersohn den Brautschatz zurück gegeben habe, so darf ihm weiter nichts abgefordert werden, wenn auch würklich keine

e) L. 1. §. 2. 12. D. de dote prael.
f) L. 4. D. de dote prael.
g) L. 8. L. 9. D. de dote prael.
h) §. 15. Inst. de legat. L. 75. §. 1. D. de legat. I.
i) L. 6. §. 1. L. 8. D. de dote prael. §. 15. Inst. de legat. L. 3. L. 5. C. de falf. cauf. adiect. leg. I. fid.

keine Zurückgabe geschehen wäre k). Der dritte Nutzen von dem zurück vermachten Brautschatze zeigt sich bey der Erstattung der auf den Brautschatz verwendeten Kosten (Handb 3 Th. S. 241). Denn jetzt brauchen weiter keine, als die nothwendigen Kosten vergütet zu werden, aber nicht die nützlichen, und die zum Vergnügen gemachten. Ferner werden dadurch auch die Einreden ungültig gemacht, welche dem Brautschatze vermöge der geschlossenen Ehestiftung entgegen gesetzt werden könnten; obgleich übrigens dieses Vermächtniß mit einem Fideicommiß beschwert werden kann l). Nach zurück vermachtem Brautschatze fällt auch das sogenannte lucrum dotale weg; und so braucht auch die Witwe die Zinsen und Früchte des Brautschatzes, welcher zwar versprochen, aber nicht abgeliefert worden an die Erben des Mannes nicht noch nachzuzahlen m). Alsdenn ist das Vermächtniß des zurück vermachten Brautschatzes ungültig; wenn der Ehemann denselben entweder schon bey seinem Leben selbst zurück gegeben hat, oder er ist von der Zurückgabe deswegen befreyt worden, weil er nach Vorschrift der Gesetze nicht weiter verbunden war, den Brautschatz zurück zu geben, z. B. deswegen, weil er zu Grunde gegangen n). Dieses Vermächtniß darf aber alsdenn nicht zweymal gefordert werden, wenn ein von der Frau eingebrachtes Grundstück ihr erstlich besonders, und hernach dennoch auch der Brautschatz; oder wenn der Mutter, der von ihr gegebene Brautschatz, der Tochter und Frau vermacht ist, es wäre denn, daß die Absicht des

k) L. 4. C. de falsa cauf. etc.

l) L. 5. D. de dote prael. L. 1. §. 1. L. 2. D. eod.

m) L. 5. D. de dot. prael. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 255.

n) L. 1. §. 1. 5. 6. 11. D. de dote prael.

des Erblassers ausdrücklich dahin gegangen wäre, den Erben doppelt zu beschweren o). Eine falsche Beschreibung des Brautschatzes schadet dem Vermächtniß nichts. Auf die zeither erklärten besondern Arten der Vermächtnisse folgt in den Pandecten, im 33 Buche, Titel 5, das legatum optionis seu electionis, wenn dem Legatar die Wahl vom Erblasser ausdrücklich verstattet worden. Z. B. der Erblasser sagte, A. soll eins von meinen Pferden haben, und zwar das, welches er sich aussuchen wird p). Diese Materie ist sehr schwer, und man muß erst verschiedenes voraus schicken, ehe die Sache selbst erklärt werden kann. Es ist nämlich zu merken, daß die Vermächtnisse in Rücksicht auf die vermachten Sachen entweder in legata speciei, oder legata partitionis, oder legata generis, oder legata quantitatis, eingetheilt werden q). Das Wort Species heißt in Gesetzen eben das, was in der Philosophie unter einer genau bestimmten Sache (individuum) verstanden wird. Z. B. es nennte Jemand das Böhmerische Pandectencompendium, welches vor ihm liegt; die grüne Stube vorn heraus; so hat er Gattungen oder species angeführt. Genus nennen aber die Rechtsgelehrten das, was bey den Philosophen species heißt, oder eine Gleichheit der einzelnen Dinge, die zu einer Art gehören. Z. B. man vergleicht eine Anzahl Pferde mit einander, so findet man, daß sie in vielen Stücken mit einander übereinkommen. Diese Gleichheit wird genus, eine Art genennt, und ist

das,

o) L. 1. §. 14. L. 16. L. 17. §. 1. D. de dote prael.

p) GREG. MAIANSIVS Diss. 69. de incertis legatis. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 258.

q) Der Herr geheime Tribunalrath Höpfner in dem Commentar über die Instit. S. 499.

das, was wir ein Pferd heissen. Bestimmt man ein solches genus durch Zahlen, Gewicht oder Maas, so nennt man es eine Quantität. Man nehme nun an, der Erblasser hat Jemanden, sein eignes Böhmerisches Pandectencompendium, oder seine goldene Uhr vermacht, oder dieses Haus, diese Uhr, so nennt man das Vermächtniß legatum speciei. Gesetzt aber er sagte: dem A. vermache ich eine goldene Uhr, ein Haus, so wäre dieses ein legatum generis, denn es ist keine bestimmte Uhr, kein bestimmtes Haus vermacht worden. Es giebt aber auch Vermächtnisse, welche legata quantitatis genennt werden; wenn eine Quantität vermacht worden, z. B. vier Pferde, ein Duzend Stühle, 500 Thlr. Die Begriffe, welche mit dem Worte Art (genus) und Quantität verbunden werden müssen, sind abstrackte Begriffe, das heißt solche, die nirgends anders würklich verhanden sind, als in unserer Vorstellung; und sie hören daher deswegen immer nicht auf zu seyn, wenn gleich eine Sache, welche zu der Art, oder Quantität gehöret, nicht mehr vorhanden seyn sollte. Daher sagt man genus et quantitas non pereunt [r]). Nachdem diese Begriffe festgesetzt worden, so komme ich auf die Rechtswahrheiten von der vermachten Wahl selbst [s]). Alsdenn hat bey einem hinterlassenen Vermächtniß die Wahl statt, wenn sie von dem Erblasser entweder ausdrücklich oder stillschweigend zugestanden worden; und dieses ist alsdenn geschehen, wenn eine Sache in sehr allgemeinen Ausdrücken hinterlassen worden; aber ohne zugelassene Wahl darf dem Vermächtnißnehmer so wenig etwas anders, als die würklich vermachte Sache aufgedrun-

r) Höpfners Comment. über die Inst. S. 503.
s) Der Herr Hofrath Claproth von Testam. S. 321.

gedrungen werden, als er berechtigt ist, ohne die erhaltene Freyheit sich etwas zu wählen, dieses zu thun [t]). Hatte bey den Römern der Erblasser die Wahl auf die Art verstattet, daß er in der mehrern Zahl geredt, so konnten drey Knechte gewählt werden, und von diesem Falle schließt man nicht unwahrscheinlich auf andere Fälle [u]). In Rücksicht auf die vorzunehmende Wahl selbst ist folgendes zu merken. Vor allen Dingen muß bestimmt werden, wenn eine Art (genus) genennt worden, woraus das Vermächtniß gewählet werden soll, 1) ob diese Art nur lauter solche Dinge unter sich begreift, welche dem Legatarius nützlich seyn können, oder ob dieser Fall nicht vorhanden ist; und 2) wem die Wahl überlassen worden, dem Erben, oder dem Vermächtnißnehmer. Hat der Erbe die Wahl, und das vermachte genus begreift auch solche Dinge unter sich, die dem Legatarius unnütz, oder zum Schimpf gereichen würden, wenn er eine dergleichen Sache bekäme, so gilt das ganze Vermächtniß nicht, und der Legatarius bekommt nun nichts; denn der Erbe könnte ihm ja, z. B. wenn ihm ein Thier vermacht worden, einen Floh präsentiren, wie Hr. D. Samt in seinen Vorlesungen über die Institutionen sagte. Die Rechtslehrer sagen daher; wenn Jemanden summum genus oder eine solche Art vermacht ist, daß gar kein vernünftiger Sinn herauskommt, mithin lächerliche Vermächtnisse entstehen würden, so gilt das ganze Vermächtniß nicht; z. B. wenn der Erblasser sagte: dem B. vermache ich einen Platz, ein Thier

t) L. 2. pr. §. 1. D. de opt. vel elect. leg. §. 22. Inst. de legat. L. 23. D. de legat. II.

u) L. 1. D. de opt. vel elect. leg. Herr Hofrath Claproth von Testament. S. 321.

Thier, einen Vogel x). Begreift aber ein Vermächtniß, wobey die Wahl statt haben soll, lauter solche Sachen unter sich, welche dem Vermächtnißnehmer nützlich seyn können, und der Erblasser hat nur nicht gesagt, wer wählen soll, so muß nochmals ein Unterschied gemacht werden, ob eine oder gar mehrere zu der vermachten Art (genus) gehörende Sachen, unter der Erbschaft gefunden worden, oder ob keine davon dabey ist. In diesem letzen Falle ist eine solche Sache, welche entweder von der Natur, oder durch bürgerliche Einrichtungen ihre Bestimmung hat, z. B. der Erblasser hätte ein Pferd, oder ein Haus vermacht, gültig vermacht worden, und der Erbe ist schuldig, die vermachte Sache zu kaufen y). Dagegen ist ein Vermächtniß einer Sache, welche vom Testator gar nicht bestimmt worden, und wo auch keine Bestimmung möglich ist, ebenfalls wie in dem vorhin angeführten Falle, ungültig; z. B. wenn der Testator Jemanden ein Thier, ein Haus, einen Platz vermacht hätte z). Sollte aber eine Sache der vermachten Art in der Erbschaft seyn, so ist wiederum ein Unterschied zu machen, ob nur ein einziges Stück davon darunter ist, oder mehrere. Wenn nur ein einziges Stück vorhanden ist, so bekommt es der Vermächtnißnehmer. Sind aber mehrere Stücke davon in der Erbschaft, so kommt es darauf an, ob der Erblasser dem Legatarius die Wahl zugestanden hat, oder es ist dieses nicht geschehen. Ist ihm die Wahl vom Erblasser überlassen worden, so kann er sich das beste Stück davon wäh-

x) Hellfeld in Iurispr. forens. §. 1558.
y) L. 13. L. 37. D. de legat. I.
z) L. 71. pr. D. de legat. I. L. 60. D. de V. S. L. 69. §. 4. D. de iure dot.

wählen, und unter diesen Umständen heißt das Vermächtniß in den Schriften der Rechtslehrer legatum optionis, desgleichen legatum electionis [a]). Hat aber der Erblasser dem Vermächtnißnehmer die Wahl nicht überlassen, in welchem Fall das Vermächtniß legatum generis simplex genennt wird, so kann er es entweder einem dritten aufgetragen haben, für den Legatarius zu wählen, oder dieses ist nicht geschehen. Wenn ein Dritter wählen soll, so kann er zwar das beste wählen, aber nicht das schlechteste, sondern er muß als ein rechtschaffner Mann handeln. Will er nicht wählen, oder stirbt vor der Wahl, so ist der Vermächtnißnehmer dadurch berechtigt, selbst zu wählen, denn der Wille des Erblassers geht einfür allemal dahin, daß der Legatarius etwas bekommen soll; doch darf er jetzt nicht das Beste nehmen, sondern eine Sache von mittlerm Werth [b]). Hat der Erblasser weder dem Vermächtnißnehmer, noch einem Dritten aufgetragen zu wählen, so sprechen die Gesetze dem Erben das Recht zu, von der vermachten in der Erbschaft befindlichen Art, ein Stück zu wählen, und an den Legatarius abzuliefern; doch darf er jetzt nicht etwa das allerschlechteste darunter aussuchen, denn diese Niedrigkeit billigten die Römer nicht [c]). Verschiedne Rechtslehrer behaupten jedoch, der Erbe dürfe nicht eher wählen, als wenn es ihm der Erblasser ausdrücklich verstattet habe, sonst wähle allemal der Legatarius, wenn nicht ein Dritter vom Erblasser dazu bestimmt sey, wie der

a) L. 2. pr. L. 4. pr. D. de opt. l. elect. leg. l. 5. pr. de legat. I. L. 3. §. 1. C. comm. de legat.

b) L. 3. §. 2. C. de legat. VOETIVS ad h. T. n. 5. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 258.

c) L. 7. pr. L. 45. L. 110. de legat I.

§. 22. Institut. de legat. sage. Nachdem ich die verschiednen Fälle angeführt habe, welche bey Vermächtnissen, wo die Wahl vorkommt, unterschieden werden müssen, so will ich die vorzüglichsten Rechtssätze anführen, welche hier angewendet werden können. Nach dem alten römischen Rechte war die Wahl, wenn sie dem Vermächtnißnehmer zustand, eine feyerliche Handlung, oder ein sogenannter Actus legitimus. Daher mußte sie von dem Vermächtnißnehmer in eigner Person geschehen. Starb er vor geschehener Wahl, so bekam er nichts. Justinian schafte diese harte Verordnung ab, und verstattete in diesem Falle noch den Erben des Vermächtnißnehmers die Wahl. Vor angetretener Erbschaft darf nicht gewählt werden, und es ist auch alsdenn Niemanden zu wählen erlaubt, wenn er nicht die freye Verwaltung des seinigen hat [d]); daher ist es dem Sohne, welcher unter der väterlichen Gewalt steht nicht erlaubt, ohne des Vaters Bewilligung zu wählen. Sollte mehrern etwas vermacht worden seyn, wo sie wählen müssen, so kann zwar einer im Namen der übrigen wählen, wenn sie ihm dazu den Auftrag ertheilt haben; können sie sich aber über die Wahl nicht vergleichen, so müssen sie über das Recht zur Wahl loosen, und nun wählt der, welchen das Loos getroffen hat, behält die Sache, und giebt den übrigen Mitvermächtnißnehmern heraus [e]). Mehr als einmal darf nicht gewählt werden; sogar in dem Falle nicht, wenn derjenige der zu wählen berechtigt war, es mag der Legatarius oder der Erbe selbst das Recht dazu

d) L. 10. D. de legat. I. L. 16. D. de opt. l. elect. leg.

e) §. 23. Inst. de legat. L. 3. pr. C. com. de legat. Madihn Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 258.

dazu haben, die Wahl getroffen, oder sie ohne dieselbe angenommen hätte, indem er fälschlich glaubte, es sey ihm weiter nichts als die angenommene Sache hinterlassen worden. Ist die gewählte Sache aber eine fremde, oder man hat nicht alle Sachen zur Wahl vorgezeigt, so darf noch einmal gewählt werden [f]). Es schadet auch nicht, wenn vor der Vorlegung der Sachen, in Ansehung derer die Wahl geschehen soll, und vor der Verloosung selbst die Wahl getroffen worden [g]). Besteht das Vermächtniß in mehrern Sachen, oder in einer Summe Geld, welche dafür gewählt werden darf, so bleibt es zwar allemal dem Legatarius frey gestellt, ob er die ausgesetzte Summe Geldes, oder die vermachte Sache selbst fordern will; doch geht sein Recht nicht so weit, daß er etwas von den vermachten Sachen, und auch einen Theil der ausgesetzten Summe Geld fordern könnte, z. E. halb Geld, halb Sachen, wenn der Erbe dieses nicht bewilligt. Im Gegentheil kann ihn auch der Erbe nicht nöthigen, sich auf diese Art befriedigen zu lassen [h]). In Gesetzen [i]) wird der Fall angeführt, daß einem Sohne 20 verschiedne Summen Geld als ein Vorausvermächtniß (praelegatum) ausgesetzt worden. Er hatte zehen Jahre das väterliche Vermögen verwaltet, und indeß aus kleinen erhobenen Capitalien größere gemacht. Als er nun seine Vorausvermächtnisse verlangte, forderte er zwanzig von diesen vergrößerten Capitalien. Dieses

f) L. 20. D. de opt. l. el. leg. L. 29. §. 3. de legat. III. L. 5. pr. D. de legat. I. L. 11. §. 1. L. 19. de legat. II.

g) L. 2. §. 1. D. de trit. vin. l. ol. leg. L. 2. §. 3. L. 3. 4. 5. D. de opt. l. elect. legata.

h) L. 8. §. 2. D. de legat. I.

i) L. 34. §. 1. D. de legat. III.

wurde ihm aber abgeschlagen, und er durfte keine andere Summen wählen, als sie der Testator zur Zeit seines errichteten Testaments hatte. Sind Jemanden zweyerley Sachen vermacht worden, woraus der Vermächtnißnehmer wählen soll; es ist ihm aber zugleich aufgelegt worden, die eine von diesen Sachen weiter zu geben; und gleichwohl wählt er die Sache nicht, die er weiter geben soll, sondern eine andere, so muß er jene schaffen, sie koste was sie wolle [k]). Hat der Erblasser Jemanden Sachen von verschiedner Beschaffenheit vermacht, mit der Erklärung, daß der Vermächtnißnehmer daraus wählen soll, und nach der Zeit des Testaments schenkt er ihm die eine Art von Sachen, so kann der Vermächtnißnehmer, nach seinem Tode deswegen immer noch die andere fordern. Wenn nach bereits geschehener Wahl die vermachte Sache zu Grunde geht, so muß der Legatarius den Unglücksfall tragen, denn er ist der Eigenthümer; ist aber vor der Wahl eine von den Sachen vernichtet worden, woraus die Wahl vorgeschrieben war, so kann der Vermächtnißnehmer die übrig gebliebene wählen [l]). Hat ein Dritter die Sachen, woraus die Wahl wegen eines Vermächtnisses geschehen soll, im Besitz, so kann entweder gegen ihn auf die Vorzeigung geklagt werden (actio ad exhib.); oder gegen den Erben, daß er die Vorlegung der vermachten Sachen veranstalte. Sollte der Mann seiner Frau, den vorhandenen Vorrath an Lebensmitteln, ohne die Zeit der Ablieferung zu bestimmen, vermacht, und auf den Fall, daß der Erbe das Vermächtniß nicht ablieferte, ihr 200 Rthlr. dafür ausgesetzt haben, so braucht sie nicht die Ablieferung der Victu-

k) L. 94. §. 2. de legat. I. L. 84. §. II. D. de legat. I.
l) L. 11. §. 1. D. de legat. II.

Victualien abzuwarten, sondern kann sogleich auf die Bezahlung der 200 Thlr. dringen, weil die Gesetze annehmen, eigentlich bestehe das Vermächtniß in der Summe des bestimmten Geldes. Hat aber der Erblasser einen Zeitraum dazu gesetzt, wenn die Uebergabe geschehen soll, z. B. 8 Tage nach dem Tode, so ist in der That ein bedingtes Vermächtniß vorhanden, welches nicht eher gefordert werden darf, als nach der vergangenen Zeit von 8 Tagen m). Wenn dem A. eine gewisse Sache vermacht worden, dem B. aber ist die Wahl einer Sache von eben der Art als ein Vermächtniß hinterlassen, so kann A. nur die Hälfte seines Vermächtnisses fordern, damit auch der B. sein Legat bekommen kann, wenn er etwa die nämliche Sache wählen sollte n). Ist der Vermächtnißnehmer zur Wahl berechtigt, und er verzögert ohne Noth die Wahl, so wird ihm auf den Antrag des Erben vom Richter ein Termin gesetzt, wenn er die Wahl vornehmen, oder nachher seines Rechts verlustig seyn soll. Doch wird ihm auch unter diesen Umständen immer noch die Wahl verstattet, wenn sie ohne Nachtheil des Erben geschehen kann o). Ich habe S. 628 gesagt, daß wenn über die auszuübende Wahl gelooset worden, derjenige zu dessen Besten das Loos gefallen ist, den übrigen Mitvermächtnißnehmern ihren Antheil an der vermachten Sache bezahlen muß. Bestand nun das Vermächtniß aus Sclaven, so war in Gesetzen p) festgesetzt, wie viel für

m) L. 8. §. 3. D. de opt. l. elect. legata. L. 19. pr. §. 1. D. quando dies legat.

n) L. 99. D. de legat. I.

o) L. 6. 8. pr. L. 13. §. 1. D. de opt. l. elect. legat.

p) L. 3. pr. C. com. de legat. — Sancimus itaque in omnibus huiusmodi casibus rei iudicem fortunam esse

et

jede Art der Sclaven gerechnet werden sollte; nämlich den Werth eines Sclaven, der noch nicht 10 Jahr alt war, bestimmte man zu 10 Ducaten, oder 2 Speciesthaler nach der Praxis (Handb. 4 Th. S. 358.), war der Sclave über 10 Jahr alt, und verstand eine Kunst, so galt er 30 Ducaten, sonst nur 20. Einen Abschreiber (Notarius) rechnete man zu 50 Ducaten; einen Arzt und eine Hebamme zu 60 Ducaten, einen Verschnittenen unter 10 Jahren, 30 Ducaten, über 10 Jahr alt, 50 Ducaten; verstand er aber eine Kunst 70 Ducaten. Herr Hofrath Claproth nennt dieses Gesetz eine Fleischtaxe. Von dem zeither erklärten Vermächtniß, wobey eine Wahl statt hat, müssen zwey andere Vermächtnisse unterschieden werden; nämlich 1) das Vermächtniß einer gewissen Sache, welche nur zufälliger Weise ungewiß wird. Ein solcher Fall tritt z. B. ein, wenn ein Grundstück vermacht worden, welches mit einem andern eben dieses Erblassers gleichen Namen führt, und davon das eine weniger werth ist, als das andere. Wenn hier die Sache durch eine Wahl entschieden werden

et sortem inter altercantes adhibendam: vt quem sors praetulerit, is quidem habeat potestatem eligendi, caeteris autèm aestimationem praestet contingentium eis partium, id est seruis quidem et ancillis maioribus decem annis, si sine arte sint, *viginti* solidis aestimandis: minoribus vero decem annis, non amplius quam in *decem* solidos computandis: sin autem artifices sint, vsque ad *triginta* solidos aestimatione eorum procedente, siue masculi siue foeminae sint: exceptis notariis, et medicis vtriusque sexus: cum notarios *quinquaginta* solidos aestimari velimus, medicos autem et obstetrices *sexaginta*. Eunuchis minoribus quidem decem annis vsque ad *triginta* solidos valentibus, maioribus vero vsque ad *quinquaginta*: sin autem artifices sint, vsque ad *septuaginta*.

werden muß, so kann der Erbe das Grundstück überlassen, welches am wenigsten werth ist; es müßte denn der Vermächtnißnehmer zu beweisen im Stande seyn, daß der Erblasser das bessere Grundstück für ihn bestimmt hat q). Zweytens muß von den zeither erläuterten Fällen unterschieden werden das allgemeine Vermächtniß (legatum generis), welches alsdenn vorhanden ist, wenn mehrere einzelne Sachen unter einem allgemeinen Namen verstanden und überhaupt vermacht worden sind. Von der hierbey zu treffenden Wahl ist noch folgendes zu merken und mit dem S. 625 vorgetragenen zu vergleichen. Hat der Erblasser nicht ausdrücklich gesagt, wer wählen soll, so kommt es darauf an, ob er Jemanden eine ganze Art von Dingen, dergleichen in der Erbschaft sind, z. B. ein Reitpferd, vermacht hat, oder er hinterläßt eine Sache, wovon gar nichts unter der Erbschaft ist. In diesem Falle wählt der Erbe, doch darf er nicht das schlechteste dieser Art wählen, sondern von mittelmäßigem Werthe r). Giebt es aber solche Dinge bey der Erbschaft, wovon der Erblasser nicht bestimmt hat, wer wählen soll, so erklärt man den Sinn des Vermächtnisses nach den gebrauchten Worten (S. 574). Er hat erstlich entweder gesagt, mein Erbe soll dem A eins von meinen Büchern geben. Hier wählt der Erbe, er darf aber nicht das schlechteste geben. Wenn der Testator aber zweytens gesagt hat: A. soll eins von meinen Pferden haben, nehmen, so wählt der Vermächtnißnehmer, er darf aber nicht das beste heraussuchen, sondern das nach dem Besten. Wenn aber drittens die Worte weder an den Erben, noch an den Legatar gerichtet sind; sondern es heißt z. B.

q) L. 39. §. 1. de legat. I.

r) GEBAUER D. de opt. legata §. 3. in Opusc. Tom. I. S. 424.

dem A. vermache ich eins von meinen Büchern, so wählt ebenfalls der Legatar, aber das beste Buch darf er auch jetzt nicht aussuchen s). Damit die Fälle, was in Ansehung einer vermachten Gattung von Sachen (species), Rechtens ist, gehörig unterschieden werden sollen, so führen die Compilatoren der Pandecten im sechsten Titel des 33 Buchs der Pandecten einzelne Arten der Vermächtnisse, deren Gegenstand eine Species ist, an; und zwar das erstl. legatum vini, tritici, et olei; und hiervon bemerke man folgendes: Es können auch Wein, Getraide, Oehl und andere verzehrbare Dinge vermacht werden. Diese Dinge können aber entweder überhaupt vermacht worden seyn, oder mit Anführung des Maaßes und der Güte. Sind dergleichen verzehrbare Sachen nur überhaupt vermacht worden, so ist der Erbe schuldig, dem Vermächtnißnehmer den ganzen Vorrath auszuantworten, der sich in der Erbschaft befindet t). Trift man aber gar nichts davon unter den Erbschaftssachen an, so bekommt der Vermächtnißnehmer auch nichts, und mithin ist das Legat ohne Nutzen. Wenn das Maas und die Güte von dem Erblasser bey dem Legat angegeben ist, so kommt es darauf an, ob er beyde Bestimmungen zugleich, oder nur die eine allein ausgedrückt hat. Im ersten Falle bekommt der Vermächtnißnehmer das Vermächtniß nach der bestimmten Güte und dem Maas. Sollte der Erblasser aber weiter nichts als die Güte und

s) L. 11. pr. D. de leg. I. §. 22. Inst. de legat. — LAUTERBACH Colleg. theor. pract. tit. de opt. legata, §. 35. HERT. D. de elect. ex oblig. altern. Sect. 3. §. 6. GLÜCK in Opusc. fasc. 1. S. 233. Gmelin und Elsäß. Beob. 1 B. S. 167. u. f. f.

t) L. 7. D. de trit. vin. et ol. leg. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 261.

und Beschaffenheit der vermachten Sache angeführt haben, ohne das Maas, Gewicht, oder die Anzahl zu nennen, so ist der Erbe schuldig, alles was von der nämlichen Güte unter den Erbschaftssachen angetroffen worden, an den Vermächtnißnehmer abzuliefern. Ist aber gar nichts davon vorhanden, so ist das Vermächtniß ohne Nutzen, mithin kann der Legatarius auch nichts fordern. Wenn hingegen bloß die Anzahl, oder das Maas, oder die Größe der vermachten Sache genannt ist, ohne jedoch die Güte und Beschaffenheit (qualitas) zu bestimmen, so kann der Erbe selbst die Güte wählen, wenn nicht der Erblasser erklärt hat, daß der Vermächtnißnehmer die Wahl haben solle [u]). Ist alter Wein vermacht worden, so wird die Güte desselben nach dem Gebrauch des Erblassers bestimmt, das heißt, der Legatarius muß Wein von den Jahren bekommen, wie ihn der Testator getrunken hat. Ist aber dieser Gebrauch desselben nicht gehörig bekannt, weil er Wein von verschiednen Jahren für alten Wein erklärt hat, so ist es schon genug, wenn nur trinkbarer Wein gegeben wird, das heißt solcher, der wenigstens ein Jahr alt ist. Doch muß hierbey hauptsächlich darauf, was nach der Landesgewohnheit für alten Wein gehalten wird, gesehen werden [x]). Wenn der Wein vermacht worden, so rechnen die Gesetze auch die kleinern Gefäße dazu, nicht aber die größern, welche ihrer Größe wegen nicht leicht von dem einen Orte an einen andern geschafft zu werden pflegen [y]). Der Regel nach können aber solche Gefäße nicht für mit vermacht gehalten

u) L. 2. §. 1. L. 3. L. 4. D. de trit. vin. leg.

x) L. 10. D. de trit. vin. leg. STRYCK Vsus mod. Lib. 33. tit. 4. § 4.

y) L. 3. §. 1. L. 14. L. 15. D. de trit. vin. leg.

ten werden, worin die vermachten flüßigen Dinge nicht aufgehoben, sondern bloß zubereitet worden. Eben dieses gilt auch von Gefäßen, welche zur Conservirung trockner Sachen dienen. Es pflegt zu geschehen, daß der Erblasser Jemanden ein bestimmtes Maas Wein vermacht, und dabey den Ort nennt, woher der Wein genommen werden soll z). Hierbey müssen zweyerley Fälle genau unterschieden werden. Diese Anführung des Orts, woher der Wein genommen werden soll, kann nämlich eine doppelte Absicht haben. Bisweilen ist der Wille des Erblassers, daß das Vermächtniß schlechterdings von dem Weine, welcher an dem Orte erbaut worden, genommen werden soll, und nicht anders woher. Es kann aber die Anführung eines solchen Orts auch bloß deswegen geschehen seyn, weil der Erblasser dadurch die Güte des vermachten Weins anzeigen wollen. Im ersten Falle sagen nun die Rechtslehrer a), der Ort sey taxatiue, oder um die Güte der vermachten Sache anzuzeigen, hinzugesetzt worden; im zweyten aber müsse man die Anführung des Orts blos für eine Beschreibung, oder eine Anweisung (demonstratio) halten. Daß die Anführung des Orts taxatiue geschehen, wird alsdann vermuthet, wenn in einer und eben derselben Periode, der Ort und das Maas zugleich angeführt worden; und daß die Anführung des Orts bloß demonstratiue geschehen, glaubt man alsdann, wenn Ort und Maas, in verschiedenen Perioden angeführt worden b). Auf den Umstand, ob die Anführung des Orts taxatiue oder demonstratiue geschehen, kommt viel an: denn im

ersten

z) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 261.
a) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 261.
b) STRYCK Vsus mod. Lib. 33. tit. 4. §. 3.

ersten Falle bekommt der Vermächtnißnehmer weiter nichts als was an dem angeführten Orte gewachsen ist. Reicht das nicht zu, oder es ist gar nichts erbaut worden, so bekömmt er auch nichts weiter. Im zweyten Falle aber, wenn nämlich die Anführung des Orts demonstratiue geschehen, so muß die vermachte Anzahl des Maaßes vom Erben abgeliefert werden, es mag etwas oder gar nichts gewachsen seyn. Unter die besondern Vermächtnisse gehört auch das Vermächtniß eines Grundstücks mit den dazu gehörigen Dingen. Nach dem römischen Rechte [c]) wurde hierbey ein Unterschied gemacht, ob Jemanden fundus instructus, oder fundus cum instrumento vermacht worden. Unter dem fundo instructo verstanden die Römer alle Sachen, die der Erblasser zu seinem gewöhnlichen Gebrauch auf einem Guthe gehabt, selbst solche Dinge wurden nicht ausgeschlossen, welche der Erblasser erst kurz vor seinem Tode zu diesem Gebrauch angeschafft hatte. Zu dem instrumento fundi aber gehörten nur solche Sachen, die deswegen auf einem Guthe waren, damit die Früchte erbaut, ausgedroschen und aufbehalten werden konnten [d]). Das instrumentum fundi begriff auch das Vieh in sich, welches der Früchte wegen auf dem Guthe gehalten ward, desgleichen das Getraide, den Wein, die eßbaren Dinge, welche sowohl zur Aussaat als auch zum Unterhalt der Menschen und des Viehes gebraucht worden [e]). Ein fundus instructus aber begriff nicht nur dieses, sondern auch noch alles andere, was der Hausvater deswegen auf dem Guthe gehabt,

c) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 262. LEYSER Spec. 388. de instructu vel instrumento legato.

d) L. 12. §. 27. D. de instruct. vel instr. leg.

e) L. 8. L. 12. pr. D. de instruct. l. instr. leg.

gehabt, damit dasselbe dadurch sowohl verschönert werde, und man sich daselbst auch mit mehr Nutzen und Bequemlichkeit aufhalten könne. Doch gehörte nicht dazu, Korn, welches verkauft werden sollte, oder andere Dinge, die man bloß um der Verwahrung willen dahin gebracht hatte. Es kann aber nicht bloß ein Guth mit dem Wirthschaftsinventario (fund. cum instrum.); oder ein Guth mit allem wie es steht und liegt, vermacht werden, sondern auch bloß das Wirthschaftsinventarium allein, oder bloß die zur Bewohnung nöthigen Sachen, ohne das Guth. Ist das Guth mit dem Wirthschaftsinventario zugleich vermacht worden, so kann in dem Falle, daß das Guth zu Grunde gegangen ist, das bloße Wirthschaftsinventarium nicht gefordert werden. Sollte aber das Guth allein, und das Inventarium ebenfalls allein seyn vermacht worden, und das dazu gehörende Guth geht verlohren, so kann jedes für sich gefordert werden, wenn auch das andere zu Grunde gegangen seyn sollte f). Nach unsern Rechten kommt der Ausdruck das Guthsinventarium, oder das Guth mit allem was dazu gehört, oder mit der völligen Einrichtung, mit dem was die Römer fundus instructus nannten, am genausten überein. Dagegen heißt bey uns das Wirthschaftsinventarium, oder der Hof mit der Hofwehr, oder mit Feld und Viehe, was bey den Römern unter fundus cum instrumento verstanden wurde. Da man aber in Teutschland noch kleinere Abtheilungen hat, als z. B. das bloße Wirthschaftsinventarium, ohne das Feldinventarium, das Hausinventarium, das Jagdinventarium, so muß auf die Landesgewohnheit vor allen Dingen Rücksicht genommen

men

f) L. 1. §. 1. L. 5. D. de instrct. l. instr. leg.

men werden, wie es auch bey den Römern so gehalten wurde g). Zur Erläuterung des zeither angeführten wird folgende genauere Auseinandersetzung viel beytragen. Das vermachte Wirthschaftsinventarium begriff nach dem römischen Rechte alles das, was zur Erbauung, Einsammlung, Erhaltung und dem Verkauf der Früchte gebraucht werden konnte. Diesen Grundsätzen gemäß rechnete man zu dem Vermächtniß eines Guths mit dem Wirthschaftsinventario (cum instrum.) alle zur Vieh- und Feldwirthschaft nöthige Geräthe; desgleichen die Mühlen, die mit der Hand oder durch Vieh fortgetrieben wurden. War die Jagd bey dem Guthe, so gehörte auch das Jagdgeräthe nebst den vorhandenen Hunden dazu h). Ferner wurde zum Wirthschaftsinventarium gerechnet, alle Arten Vieh, die zur nöthigen oder bessern Benutzung des Guthes angeschaft worden, ohne darauf zu sehen, ob diese Thiere von den Früchten des Guthes selbst, oder von gekauftem Futter das ganze Jahr über erhalten wurden, ob sie bey Verfertigung des Testaments da gewesen oder nicht. Und drittens schloß man auch das Federvieh nicht davon aus i). Gehörten einer und ebenderselben Person zwey Güther, und auf dem einen dieser beyden Güther stand Vieh, welches eigentlich zu dem andern Guthe gehörte, und nun vermachte der Eigenthümer dieser Güther solche an zwey Personen; so mußte gleichwohl

g) L. 18. §. 3. D. de instrct. l. instr. legato.

h) L. 8. 12. §. 1. 2. 8. 9. 12. 13. L. 18. §. 3. 4. L. 23. D. de instrct. l. inst. legato.

i) L. 9. 12. pr. L. 18. §. 9. L. 19. 21. 25. pr. L. 26. §. 1. D. h. t. L. fin. D. de sup. leg. L. 28 D. qu. d. l. c. L. 2. C. de V. S.

wohl der Vermächtnißnehmer des Guthes auch das Vieh mitbekommen, welches zeither auf dem andern gestanden hatte [k]). Wenn Jemand mit seinem Vieh und Ackerbaugeräthe mehr als ein Guth bewirthschaftet, und nun vermacht er diese Güther mit dem Wirthschaftsinventario, so muß untersucht werden, zu welchem Guthe eigentlich das Vieh und Geräthe gehört hat. Kann man hierüber zur Gewißheit kommen, so bekommt es derjenige Legatarius, dem das Guth vermacht worden. Läßt sich aber nicht mit Gewißheit herausbringen, wohin das Vieh eigentlich gehörte, so bekömmt keiner von den Legatarien das Wirthschaftsinventarium, sondern das leere Guth; denn hier fehlt es an der Gewißheit des letzten Willens [l]). Zu dem Wirthschaftsinventario rechneten die Römer nicht solche Dinge, welche noch nicht von der Wurzel abgesondert waren, z. B. Gras und Holz. War aber die Absonderung geschehen, so waren sie ein Theil desselben geworden, wenn man sie zu Führung der Wirthschaft brauchte [m]). Eben so gehörte nicht zum Wirthschaftsinventario, was der Erblasser an Hausrath angeschaft hat, zu besserer und prachtvoller Ausschmückung eines Guthes, oder doch zur Bequemlichkeit [n]). Sollte der Erblasser sein verpachtetes Guth mit allem was dort ist, vermacht haben, so wird weiter nichts als das Guthsinventarium für vermacht gehalten, und nicht auch etwa die Sachen des Pachters. Zeigt sichs aber, daß der Erblasser nichts auf dem verpachteten Guthe an Wirthschaftssachen hatte, sondern alles dem

k) L. 4. D. de instruct. l. instr. leg.
l) L. 12. §. 14. D. de instruct. l. inst. leg.
m) L. 12. §. 11. h. T.
n) L. 12. §. 15. L. 16. pr. h. T. L. 2. C. de V. S.

dem Pachter gehörte, und man könnte beweisen, der Erblasser habe dieses gar wohl gewußt, und dennoch das Legat gemacht, so wird diese Erklärung für ein Vermächtniß einer fremden Sache gehalten o). Hat ein Erblasser sein Guth mit allem was sich darauf befindet, vermacht, und nur verschiedenes ausdrücklich davon ausgenommen, so bekommt der Legatarius alles andere, was nicht davon ausgenommen worden. So wird das Vermächtniß auch dadurch nicht verringert, wenn der Testator Jemanden sein Guth, mit allem wie es steht und liegt, vermacht, und nachher nur einige dazu gehörige Stücke besonders genannt hat. Sollten aber die mehresten Stücke angeführt worden seyn, so hält man die übrigen für ausgenommen p). Wenn nicht bloß das Guth mit dem Wirthschaftsinventario vermacht worden, sondern mit seiner völligen Einrichtung, so gehört alles dazu, was der Testator zur bequemern Benutzung desselben, wenigstens die mehreste Zeit des Jahres über daselbst hatte, z. B. alles Hausgeräthe, die Kleider, Gläser, goldenes und silbernes Geschirr, Arzeneyen, Gemählde, Bücher, Staatswagen. Es schadet auch nichts, wenn eines oder das andere davon beym Tode des Erblassers nur auf einige Zeit auf ein ander Guth gebracht worden, es war aber sein Wille gewesen, daß es zurück gebracht werden sollte q). Alsdenn gehört aber etwas nicht mit zu einem solchen Vermächtniß, wenn es bloß deswegen auf

o) L. 24. D. h. T.

p) L. 12. §. 46. L. 18. §. 11. D. de instrct l. instr. leg. L. 9. pr. D. de pen. leg. L. 18. §. 13. h. t. L. 9. pr. D. de supp. leg.

q) L. 20. §. 6. 8. L. 27. §. 1. D. h. T. L. 2. C. de verb. sign.

auf das Guth gebracht worden, weil es auf unbestimmte Zeit gebraucht werden, oder die Stelle einer andern Sache ersetzen sollte, oder wenn etwas bloß zur Verwahrung daselbst ist, oder der Vermächtnißnehmer hat etwas dahin bringen lassen, um nur sein Vermächtniß zu vergrößern [r]). Und so wird auch etwas nicht als Zubehör eines vermachten Guthes angesehen; wenn der Erblasser diese Sache aus Irrthum dazu gerechnet hat. In dem Titel de instr. vel instr. leg. sind eine große Menge von Sachen angeführt, welche man nach Verschiedenheit des vermachten Guthes für Zubehörungen hielt. Die Entscheidungen welche von der Zubehör einer Schenke, eines Weinberges, eines Kaufmannsgewölbes, eines Bades, u. s. f. vorkommen, enthalten die größten Subtilitäten. So wird z. E. ein Unterschied gemacht, zwischen einer Schenkwirthschaft, und den Gewölbern zum Handel mit Getränken [s]). Zu diesen rechnete man die Fässer (dolia), die Gefäße (vasa), die Zieher (ancones); die Becher, die Cumpen (trullae), die metallnen Krüge, die größern und kleinern Maaße. Bey einer Schenkwirthschaft aber rechnete man zum Inventario auch die Leute, welche dabey gebraucht wurden (institores). Wenn alles, was zu einer Schenkwirthschaft oder zu einer andern Handlung gehört, vermacht worden, so werden auch die zu Fortsetzung derselben angeschaften Vorräthe dazu gerechnet [t]). Von dem zeither erklärten Vermächtniß des Wirthschafts- und Guthsinventariums (instrum. et instruct.) ist das Vermächt-

r) L. 1. C. de V. S. L. 18. §. 12. L. 20. §. 5. h. T. L. 16. §. 2. L. 12. §. 27 — 47. D. de instruct. l. instr. leg.

s) L. 13. pr. h. T. de instrumento tabernae cauponiae, vel cauponae.

t) L. 15. pr. D. de instruct. l. instrum. legat.

mächtniß eines Hauses oder Guths, mit allem was darin befindlich ist, oder wie es steht und liegt, unterschieden. Durch dieses Vermächtniß bekommt man außer dem Guthsinventarium auch dasjenige, was sich nur von ohngefähr auf dem Guthe, oder in dem Hause befindet, ob es gleich nicht zum Gebrauche dieses, sondern eines andern Grundstücks angeschaft worden. Bloß die aussenstehenden Schulden, und die Urkunden darüber, wie auch alle andern nicht zum Guthe oder Hause gehörenden Documente, das zum Verlehnen parat liegende Geld, die zum Verkauf vorräthigen Waaren werden davon ausgenommen, doch gehören die Gelder und Vorräthe nur alsdenn zu diesem Vermächtniß, wenn der Erblasser ein Banquier oder Handelsmann war u). Achtens wird in den Pandecten das vermachte Peculium unter den besonders merkwürdigen Legaten angeführt. Es ist mehreremale gesagt worden (Handb. 2 Th. S. 110), daß die Sclaven der Römer nichts eigenes hatten, sondern alles was sie besaßen ihren Herren gehörte. Ließ es aber ein Herr geschehen, daß sein Sclave etwas für sich erwerben konnte, oder er gab ihm selbst etwas zu verwalten, so hieß dieses Vermögen sein Peculium. Aber auch dieses Peculium gehörte dem Herrn so lange noch eigenthümlich zu, bis er dem Sclaven das Eigenthum desselben übertragen hatte. Dieses geschahe nun unter andern auch vermittelst eines Vermächtnisses, oder der Erklärung des Herrn in seinem letzten Willen, daß er dem Sclaven sein Peculium vermache x). Hatte der Erblasser Je-

u) L. 27. §. 3. D. de instrct. l. instr. leg. L. 44. L. 92. D. de legat. 3.

x) tot. tit. D. de pec. leg. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 263.

manden seinen Sclaven nebst dem Peculium desselben vermacht, und hierauf starb der Sclave, oder der Herr verkaufte, verschenkte, oder veräußerte ihn, so konnte nun der Vermächtnißnehmer das Peculium nicht fordern, weil der Sclave die Hauptsache war, und sein Peculium als die Zubehör angesehen wurde. War die Hauptsache nicht mehr vorhanden, so durfte auch die Nebensache nicht gefordert werden. War aber der Sclave allein, und sein Peculium auch allein vermacht worden, so konnte das Peculium besonders gefordert werden, wenn auch der Sclave gestorben oder veräußert worden war, denn jedes Vermächtniß bestand für sich y). Alle in diesem Titel der Pandecten enthaltene Grundsätze lassen sich in Teutschland äußerst selten anwenden, man müßte denn einen Negersclaven besitzen, und ihm nicht die Freyheit geschenkt haben. Weit brauchbarer sind die folgenden Titel, unter welchen der 9te von vermachten Lebensmitteln handelt. Der Titel ist überschrieben de penu legata. Was man durch das Wort penus bey den Römern z) verstanden, dazu haben wir weder in der teutschen noch in einer andern Sprache

y) L. 2. D. de pec. leg. — Nam quae accessionum locum obtinent, extinguuntur, cum principales res peremtae fuerint. L. 3. At si ancilla cum suis natis legata sit, etiam mortua ea, — nati ad legatarium pertinebunt, quia duo legata sunt separata.

z) FABER in thesauro sub v. penus, i, us, oris. L. 3. D. de penu legato. — Qui penum legat, quid legato complectatur, videamus. Et Q. Mucius scribit penu legata contineri quae esui potuique sunt, — quae horum patris familias, vxoris, liberorumue eius, vel familiae, quae circa eos esse solet, item iumentorum, quae domini esus caussa parata sunt: — etiam quae esui potuique non sunt — vtputa in quibus esse solemus, oleum forte, garum, muria, mel, ceteraque similia.

Sprache einen Ausdruck. Daher sind die Rechtslehrer verschiedner Meynung. Berger glaubt, man könne es am deutlichsten durch Küchen- und Kellervorrath übersetzen. Der verstorbne Herr Canzler Böhmer sagt in seinen Pandecten, es heiße aller Vorrath von Essen und Trinken. Dieses tadelt der Herr von Leyser in seinen Anmerkungen zu diesem Titel deswegen, weil auch Kohlen mit zu diesem Legat gerechnet worden, diese aber doch wohl weder gegessen noch getrunken würden; welchen Einwurf aber der Herr Canzler Böhmer keiner Antwort werth gehalten; wie er denn überhaupt Leysers Meditationen über die Pandecten weiter nicht, als bey dieser Gelegenheit angeführt hat, weil er die gewagten Meynungen desselben nicht billigte. Der Herr von Leyser selbst braucht einen Ausdruck, welcher eher einem Räthsel ähnlich ist, als einen deutlichen Begrif anzeigt; denn was soll Hofspeisenvorrath heissen [a]? Die Römer verstanden unter diesem Vermächtniß, Dinge, welche zum Essen und Trinken gebraucht wurden, ferner die Gefäße und Sachen, welche zur Zubereitung der Speisen und Getränke nöthig waren, als Kohlen. Auch gehörten dazu die Getränke und Speisen, die der Erblasser sowohl für Fremde als für seine Leute angeschaft hatte, Futter für sein eignes Vieh, und wenn er Besuch bekam, desgleichen Kohlen, Holz, Räucherwerk, Wachs, Salben, Schreibmaterialien [b]. Wenn die genannten Dinge, welche sich in Rom befanden, vermacht worden, so rechnete man nichtsdestoweniger auch die außer der Stadt in

a) Leyser Spec. 359. de penu legata. Bergeri Oecon. Iur. S. 279. Boehmer Introd. in Ius Digest. Part. II. S. 241.

b) L. 3. §. 4 — 10. D. de penu leg.

der Nähe vorhandenen ebenfalls dazu. Aber die auf den Landgüthern (villa) befindlichen Speisevorräthe gehörten nicht mit dazu. Waren bloß diejenigen vermacht, welche in den Vorrathskammern befindlich waren, so durften die anderswo vorhandenen nicht mit zum Vermächtniß gerechnet werden [c]). Eine andere Art von Vermächtnissen ist das vermachte Hausgeräthe (legatum supellectilis). Man verstand bey den Römern [d]) alles das darunter, was eine Familie in der Haushaltung der Regel nach braucht, und was nicht zum ausgemünzten Golde oder Siber, nicht zu den Kleidungsstücken oder bloß zum Vergnügen, nicht zum Vieh, nicht zum Schreiben und in die Bibliothek, noch zu den Kunstwerken gehörte [e]). Aber alle Speise- und Trinkgeschirre und andern Hausrath rechnet man hierher, die Meublen mochten so kostbar seyn, als sie wollten; denn wie bekannt hatten die Reichen in Rom sehr viele goldene, silberne und mit Edelgesteinen besetzte Sachen [f]). Man richtete sich bey der Auslegung dieses Legats überhaupt ganz nach der Mode, nach der Gewohnheit und dem Verstande, welchen der Erblasser diesen Dingen beygelegt hatte. Eben so rechnete man auch die Staats- und Reisewagen, die Sänften, mit dem dazu gehörigen Geschirr und Kissen, desgleichen die Decken über die Canapees hierher. Doch ward bey allen diesen Dingen vorausgesetzt, daß sie ein Eigenthum des Verstorbenen gewesen [g]). Es wurde bisweilen entweder bloß das städtische Hausgeräthe, bis-

c) L. 4. §. 1. h. T.

d) L. 7. §. 1. D. de supell. leg.

e) L. 1. 6. 7. §. 1. L. 10. D. de suppell. leg.

f) L. 3. §. 3. 4. L. 7. §. 1. L. 9. §. 1. L. 11. de supp. leg.

g) L. 9. §. 2. de supp. leg. L. 2. 7. D. de auro — leg.

bisweilen aber nur das ländliche vermacht, und hierbey machte man die Bestimmung nicht nach dem Orte, wo sich der Hausrath befand, sondern nach dem beständigen Gebrauch, den man davon machte [h]). Hatte der Erblasser seinen Hausrath überhaupt vermacht, und nachher nur einige Stücke davon angeführt, so galt es dennoch als ein allgemeines Vermächtniß; es mußte denn aus andern Umständen gewiß seyn, daß der Erblasser von gewissen Classen seines Hausraths nur einige Stücke vermachen wollen [i]). Nach teutschen Gesetzen verbindet man nicht ganz die nämlichen Begriffe mit dem Worte Hausrath, wie es bey den Römern geschahe. Bisweilen unterscheidet man Hausgeräthe und Mobilien von einander; und in diesem Falle rechnet man zum Vermächtnisse des Hausraths, alles, was der Erblasser zum täglichen Gebrauch in Stuben, Küchen, Kammern, und andern Behältnissen, für sich und seine Domestiquen nöthig gehabt hat. Hierher gehören gemeiniglich das Zinn, Kupfer, Meßing, Betten, Tischzeug, Holzwerk, oder was von Tischlerarbeit in der Haushaltung nöthig ist; ferner die Kutschen, Sänften, Sattel, u. s. f. Dagegen wird nicht zum Vermächtniß des Hausraths gerechnet, die Kleider, goldene und silberne Gefäße, Juweelen und Ringe, das baare Geld, die Fruchtvorräthe, der Wein in Kellern, das Vieh in den Ställen, die Bücher nebst den Repositorien, das Gewehr, der Harnisch u. d. [k]). Unter dem Vermächtnisse der Meubeln versteht man, Gold, Silber, Edelsteine, Manns- und Frauenzimmerkleider, die leinenen Sachen, das un-

h) L. 12. D. de supp. legat.
i) L. 9. pr. D. de supp. leg.
k) STRYCK Vsus mod. Lib. 33. tit. 7—10.

verarbeitete Gold oder Silber, u. d. Wird aber kein Unterschied zwischen Hausrath und Meubeln gemacht, sondern man hält sie für eins; so muß man zuförderst das Vermächtniß der Mobilien davon absondern, als welches alle Fahrniß (Handb. 4 Th. S. 100) in sich begreift; und hiernächst ist zu dem Vermächtnisse des Hausgeräths oder der Meubeln zu zählen l): alles, was zum täglichen Gebrauch in einer Haushaltung angeschaft ist, und nicht in eine andere Classe von Sachen, die ihren eignen Namen haben, als die Kleider, Gerade, oder Vieh, gehöret. Folglich begreifet das Vermächtniß der Meublen, Tische, auch silberne, die Ofengabel, Zuckerbüchse, Caffeekanne, Elle, Wärmflasche, das Feuerzeug, die Kasten, Einmachkessel, alles Küchengeräthe, den Laugenkorb, Löffel, Stühle, Bänke, Schwenkkessel, Becken, Gläser zum Trinken, Betten, Porcellain, Polster und die Stühle, Kupfer und Meßing zum Speisen und Trinken, zinnerne Teller, Becher, Stuhlkappen, Schränke, Commoden, Schenktische, Sessel, Bänkgen, u. s. f. Aber Schildereyen, Gold- und Silberwerk, so nicht zum Haushalten nöthig, Statüen, Wanduhren, Claviere, gehören nicht zum Hausrathe. Ein anderes sehr merkwürdiges Vermächtniß ist der vermachte Lebensunterhalt, oder die Alimente (legatum cibariorum l. alimentorum m). Wem der Lebensunterhalt vermacht worden, der bekommt Speise und Trank, Wohnung und Kleidung. Da aber die Alimente entweder natürliche oder bürgerliche sind (Handb. 3 Th.

l) Hommels Pertinenz- und Erbsonderungsregister, S. 172.

m) LEYSER Spec. 391. de alimentis legatis; RENAUD D. de alimentis legatis, Vltrai. 1773.

3 Th. S. 489), so kommt hierbey auf die genaue Bestimmung des Erblassers viel an n). Hingegen die vermachte Kost (cibaria) begreift weder die Kleidung noch die Wohnung. Die Alimente werden entweder von einer Person vermacht, welche den Gesetzen nach schuldig ist, den Vermächtnißnehmer zu erziehen; oder der Erblasser ist dieses nicht zu thun schuldig. Im ersten Falle gehören zu den Alimenten auch die Erziehungs- und Begräbnißkosten. Hat aber eine fremde Person die Alimente vermacht, so können weder die Erziehungs- noch die Begräbnißkosten anders gefordert werden, als wenn der Testator deutlich erklärt hatte, er wolle dieses mit darunter verstanden wissen o). Dieser Wille wird alsdenn vermuthet, wenn der Testator dem Erben auflegt, den Vermächtnißnehmer zu erziehen. Bey Bestimmung der Frage, wie viel in jedem besondern Falle, unter den vermachten Alimenten verstanden werden soll, müssen verschiedne Fälle genau von einander unterschieden werden. Hat der Erblasser alles selbst deutlich gesagt, so geht es darnach. Wenn aber dieses nicht ist, so kann der Testator die fernere Reichung der Alimente mit den Worten vermacht haben; daß es weiter so gehalten werden soll, wie es der Erblasser bey seinem Leben gehalten hat. Hier wird lediglich auf die Zeit des Todes desselben Rücksicht genommen, er mag vorher mehr oder weniger gegeben haben p). Sollten die Rechnungen des Testators weniger enthalten, als er in seinem letzten Willen ausgesetzt hat; so bleibt es dennoch bey seiner Verordnung. Die Alimente oder die Kost, müssen selbst von den Erben

n) L. 6. 7. 23. D. de alim. l. cib. leg.
o) L. 6. L. 7. D. de alim. l. cib. leg.
p) L. 15. §. 2. L. 16. §. 2. D. de alim. l. cib. legat.

des ersten Erben weiter fort gereicht werden, so lange der Vermächtnißnehmer lebt, wenn gleich bloß der eingesetzte Erbe im Testament genannt, oder eine Zeit angeführt worden, und er ist eher gestorben q). Ist im Testament Jemanden der Lebensunterhalt ausgesetzt, im Codicill aber auf andere Weise bestimmt worden, so geht es nach der letzten Verordnung. Und so wird auch alsdenn, wenn Jemanden in einem und eben demselben Testament, ein Jahrvermächtniß, und sodann auch andern Personen, worunter die nämliche Person mit genannt ist, der Unterhalt vermacht worden, dieser zuerst genannten Person weiter nichts als das Jahrgeld gereicht r). Sind gewisse Grundstücke angeführt, woher die hinterlassenen Alimente genommen werden sollen, es reichet aber der Ertrag derselben nicht zu, so muß der Erbe das fehlende zuschießen, denn man hält die Anführung des Grundstücks bloß für eine Anweisung (demonstratio), nicht aber für eine Taxation oder Einschränkung s). Ist Jemanden der Unterhalt ausgesetzt worden, so lange er sich bey einer ausdrücklich genannten Person aufhalten wird, und nun stirbt diese Person, oder der Legatarius kann es bey derselben nicht aushalten, so bekommt er dennoch den Unterhalt fort t). In den mehresten Fällen bedient man sich bey Dunkelheiten über den Verstand dieses Vermächtnisses, der ausgedehnten Auslegung. Sollten also zwar Einschränkungen zum Vortheil der Kinder gemacht worden seyn, so fallen diese dennoch wieder weg, sobald die Kinder

q) L. 15. §. 2. L. 16. pr. L. 18. §. 2. D. de alim. l. cib. leg.

r) L. 20. §. 2. L. 18. pr. D. de alim. l. cib. legat.

s) L. 12. L. 22. §. 1. D. de alim. l. cib. legat.

t) L. 13. §. 2. D. h. T.

Kinder gestorben sind, und das Vermögen an andere Personen gefallen ist u). Wer die aufgelegten Bedingungen nicht erfüllt, bekommt auch die Alimente nicht. Wenn daher dem A. eine Summe mit der Bestimmung (sub modo) vermacht worden, dem B. von den Zinsen des Capitals die Alimente zu geben, und nun erklärte der Testator im Codicill, die Summe welche ich dem A. vermacht habe, vermache ich dem F. ohne dabey von der Reichung des Unterhalts etwas zu sagen; so muß F. dieses immer noch thun, wenn er nicht beweisen kann, der Testator hat seinen Willen auch hierin geändert x). Sollte der Unterhalt nur bis zur Mündigkeit vermacht worden seyn, so kann er bis zur vollen Mündigkeit (pub. plena) gefordert werden, es müßte denn der Erblasser das Gegentheil ausdrücklich erklärt haben; oder wenn es sonst zweifelhaft ist, wie lange die Alimente gereicht werden sollen, so wollen die Gesetze, daß sie Zeitlebens gereicht werden sollen y). Wenn eine bestimmte Zeit z. B. 15 Jahr bestimmt worden, wie lange das Vermächtniß der Alimente dauern soll, so wird allemal erfordert, daß der Legatarius ein neues Jahr erlebt, denn hier gehts, wie wir bey den Jahrvermächtnissen S. 604 gesehen haben. Die Abführung dieses Vermächtnisses hat das eigne, daß, wenn verschiedne Personen den Unterhalt fordern können, und mehrere Erben nach Verhältniß ihres Erbantheils dazu beytragen müssen, so kann darauf gedrungen werden, daß einem jeden Erben angewiesen werde, wem er den Unterhalt reichen soll, und so können die Vermächt-

u) L. 16. §. 1. L. 17. L. 18. §. 3. 4. L. 19. D. h. T.
x) L. 18. §. vlt. h. T. L. 13. pr. h. T.
y) L. 22. pr. h. t. L. 14. §. 1. D. h. t. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 265.

mächtnißnehmer auch darauf dringen, daß die Erben einen unter sich festsetzen, der das Ganze zu entrichten hat, doch muß ein zahlbarer Miterbe dazu ernannt werden z). Hat der Erblasser ein Capital ausgesetzt, wovon die Alimente genommen werden sollen, so muß ein Unterschied gemacht werden, ob diese Verordnung bloß ein Auftrag desselben, oder ein Legat mit dieser Bedingung war. Im erstern Falle theilen sich die sämtlichen Erben verhältnißmäßig in dieses Capital, wenn die Alimente aufgehört haben: im letztern aber hat bloß derjenige ein Recht dazu, welcher mit dem Vermächtniß beschwert gewesen. Wer bloß den Niesbrauch hat, und davon einen andern unterhalten soll, so hört der Unterhalt auf, sobald der Niesbrauch aufhört a). Auser den angeführten Wahrheiten von Alimenten sind noch folgende Rechtssätze bemerkenswerth. Die bürgerlichen Alimente werden der Regel nach nicht mit unter dem schlechtweg angeführten Unterhalte verstanden, wenn man nicht aus der Gesinnung des Erblassers mit Sicherheit den Schluß machen kann, daß er auch sie unter dem schlechtweg genannten Unterhalte verstanden habe b). Die Alimente theilen die Rechtslehrer auch in die bereits gefälligen, und die zukünftigen. Die gegenwärtigen werden mehr begünstigt als die vergangenen, weil die vergangene Zeit schon durchlebt ist, die Zukunft aber noch bevorsteht. Die besondern Rechtsbegünstigungen bestehen

z) L. 20. D. qu. d. l. c. L. 3. 10. pr. D. de alim. l. cib. leg.

a) L. 8. D. de alim. l. cib. leg. L. 20. pr. h. T.

b) L. 5. §. 12. D. de agnosc. et alen. lib. L. 4. D. vbi pup. mor. l. ed. deb. L. 6. §. 5. D. de Carb. ed. L. 4. §. 1. D. de ventre in poss. mitt.

stehen in folgenden Stücken: 1) auch der Fiscus muß die Alimente abtragen, wenn er solche Güther besitzt, worauf Alimente gelegt worden: 2) wenn mehrere die Alimente reichen sollen, und die Antheile sind unbestimmt, so setzt der Richter dieselben nach der Billigkeit fest, wobey beständig die ausgedehnteste Erklärung gemacht wird [c]). 3) die vermachten Alimente müssen gleich vom Tode des Erblassers an gereicht werden, und nicht erst nach angetretener Erbschaft; 4) Streitigkeiten über die Alimente werden unter die arbitrairen Sachen gerechnet, und es kommt dabey alles auf das billige Ermessen des Richters an, wenn es nur erst gewiß ist, daß Jemand schuldig ist, die Alimente zu reichen; 5) dem geforderten Lebensunterhalt kann keine Compensation, welche aus einer andern Schuld herrührt, entgegen gesetzt werden [d]); 6) wird wegen des gegenwärtigen Unterhalts geklagt, so muß die Sache auf das geschwindeste untersucht werden. Daher kann durch ein sogenanntes Eingreifen des Richters (decretum interimilicum), sobald nur über die Verbindlichkeit zu Reichung des Unterhalts kein Zweifel weiter ist, der Hauptsache unbeschadet ausgesprochen werden, daß die natürlichen Alimente fürs erste gereicht werden sollen, und gegen diesen Ausspruch des Richters wird keine Appellation, noch ein anderes aufhaltendes Rechtsmittel zugelassen [e]). Im L. 4. D. de agnosc. vel al. lib. wird gesagt, daß derjenige dem andern gleichsam das Leben nehme,

c) L. 2. §. 1. D. L. 3. de alim. l. cib. leg. L. f. D. de reb. dub.

d) L. 15. pr. L. 19. h. t. L. 5. in f. D. h. t. L 3. C. de transact.

e) COLERVS de aliment. lib. 2. c. 2. n. 57. MENOCHIVS de arbitr. iud. quaest. Lib. 11. Cas. 169.

nehme, der ihm den nothdürftigsten Lebensunterhalt versagt. 7) Ein Vorzug der Alimente besteht darin, daß auch sogar solchen Personen, die weder zu Erben eingesetzt werden können, und denen man kein Legat hinterlassen darf, dennoch Alimente im Testament oder Codicill auszusetzen erlaubt ist [f]). 8) Wenn die Alimente auf ein Grundstück gelegt worden, so wird dasselbe zur Sicherheit mit einer Hypothek beschwert; 9) gehen Alimente deswegen immer noch nicht verlohren, wenn gleich alle übrigen Legate im Codicill oder im Testamente genommen seyn sollten [g]). Ein 10. Vorzug der Alimente besteht darin, daß, wenn ein Vergleich über dieselben eingegangen worden, derselbe auf das strengste erklärt wird, und weder auf die Kleider, noch Wohnung ausgedehnt werden darf; so wie überhaupt auch die Vergleiche bis auf einige Ausnahmen, gerichtlich geschlossen werden [h]). Da die Grundsätze, von dem gerichtlichen Vergleich, über zu fordern habende Alimente, von der größten Brauchbarkeit sind, und diese Materie hier ganz wohl abgehandelt werden kann, so will ich das wichtigste darüber anführen, und dabey dem Herrn Hofrath Claproth genau folgen, welcher die Sache in der Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen S. 360 sehr vollständig vorgetragen hat. Zuerst etwas über die Geschichte der Gesetze vom Vergleich über den künftigen Unterhalt. Der erste Kayser, von dem wir Gesetze über den Vergleich wegen künftiger Alimente haben, ist Marcus (Handb. 1. Th. S. 514).

f) L. 11. L. 17. h. t. L. 3. D. de his quae pro non scr.

g) L. 2. §. 1. L. 12. D. de alim. l. cib. leg. L. 18. §. 3. eod.

h) L. 8. §. 12. D. de transact.

S. 514). Dieser befahl, daß kein solcher Vergleich ohne den Willen des Prätors sollte abgeschlossen werden; welcher vorher zu untersuchen habe, in wie ferne ein solcher Vergleich eingegangen werden könne oder nicht [i]). Die Ursache dieser kayserlichen Verordnung war der große Vorzug, den die Alimente haben, und damit der Staat nicht mit Leuten überschwemmt werden möge, die nichts zu leben haben. Von der dadurch entstandenen richterlichen Untersuchung und Bestätigung der Vergleiche über künftige Alimente ist nun folgendes zu bemerken. Weil man durch diese Einrichtung es dahin zu bringen bemüht gewesen, daß Personen, die hinlänglich zu leben haben, nicht durch eigne Schuld, oder durch Betrug und List anderer an den Bettelstab gebracht werden sollen [k]), so ist die allgemeine Regel festgesetzt worden, daß die gerichtliche Untersuchung alsdenn geschehen soll, sobald die Frage von der Fortdauer der Alimente ist. Da man nun sowohl durch Testamente, und andere letzte Willensverordnungen, als auch durch Verträge, das Recht zu Alimenten erwerben kann, so hat man zwar die aus letzten Willensverordnungen herrührenden Alimente hauptsächlich in dieser Absicht der richterlichen Untersuchung und Einwilligung unterworfen, aber doch auch die auf Verträge unter den Lebendigen sich gründende Alimente nicht ausgeschlossen. Hieraus folgt, daß jede Schenkung des ganzen Vermögens (Handb. 4 Th. S. 353) insoferne hierher gehöre, als der künftige Lebensunterhalt dadurch unsicher

i) L. 8. §. pr. D. de trans. L. 23. §. 2. D. de cond. indeb.

k) L. 8. §. 6. D. de transact. — Eam transactionem Oratio improbat, quae ideirco fit, vt quis repraesentatam pecuniam consumat.

sicher werden kann. Ferner ist sie bey jedem andern Vertrage erforderlich, welcher die Uebergabe des ganzen Vermögens gegen den ausbedungenen künftigen Unterhalt, zur Absicht hat. Drittens ist die richterliche Einwilligung hauptsächlich alsdenn nöthig, wenn der Schwängerer über den Unterhalt des unehelichen Kindes mit der Geschwächten sich vergleichen will; weil hier sogar von dem künftigen Unterhalte eines unschuldigen Kindes die Frage ist, dem die Mutter nichts vergeben kann, hauptsächlich alsdenn, wenn sie kein eignes Vermögen haben sollte [l]). Viertens erfordern die gerichtliche Untersuchung und Bewilligung alle über Stipendien, Stiftseinkünfte und über Leibrenten eingegangene Verträge. Was die Personen betrift, welche um die gerichtliche Einwilligung ihres geschlossenen Vertrages über die Alimente nachsuchen müssen, so verlangen dieses die Gesetze von reichen und armen Personen, es mag der Unterhalt einer oder mehrern Personen vermacht oder auf andere Art hinterlassen worden seyn [m]), nur daß bey reichen Personen die Einwilligung mit weit weniger Bedenklichkeiten ertheilt werden kann. In Rücksicht auf die Art und Weise, wie Jemand seine zeither gehabten Alimente veräußern kann, ist folgendes zu merken. Es kann dieses geschehen, sowohl durch einen geschlossenen ordentlichen Vergleich, als durch andere Arten der Verträge, wodurch die Aufhebung eines gehabten Rechts bewirkt wird (mod. tol. ob.), durch die Erlassung der zur Sicherheit der Alimente statt habenden Hypothek, durch eine Veräusserung der Grundstücke, wovon die

l) BREVNING D. de iure partus spurii exig. alim. a patre non obstante transactione inita cum matre.

m) L. 8. §. 7. 15. 25. D. de transact.

die Alimente abgegeben werden müssen n). Alsdenn ist aber die richterliche Einwilligung zu Verträgen über die zu fordern habende Alimente nicht nöthig; wenn Personen von Stande der Lebensunterhalt ausgesetzt worden, oder wenn Jemand dadurch sein Recht nicht verliehrt, sondern wohl gar noch vergrößert, oder wenn der Vertrag vergangene Alimente betrift o). Der Richter, vor welchem diese Untersuchung geschehen muß, ist derjenige, dessen Gerichtsbarkeit die Person unterworfen ist, zu deren Nachtheil der Vertrag über Alimente geschlossen worden, es mag der ordentliche oder privilegirte Gerichtsstand bey ihm seyn p). Bey der anzustellenden Untersuchung der Sache hat der Richter auf folgende Stücke Rücksicht zu nehmen, nämlich 1) auf die Ursache des geschlossenen Vertrags, 2) auf die Personen, welche den Unterhalt zu fordern und zu geben haben, und 3) auf die Befriedigung, für die zu fordern habenden Alimente. Ist die Ursache der vorzunehmenden Veränderung mit den Alimenten nicht wichtig genug, so darf der Richter in die Neuerung nicht einwilligen q). Bey der Vergütung der zeither zu fordern gehabten Alimente kommt alles darauf an, daß der, welcher zeither Alimente bekommen hat, nicht dadurch um seinen künftigen Lebensunterhalt kommt. Wird anstatt der Abfindung überhaupt für alles ein Capital ausgesetzt, so muß auf die Gesundheitsbeschaffenheit und das Alter des zu Ernährenden die schärfste Aufmerksamkeit gerichtet werden r). Die römischen Juristen

n) L. 8. D. et C. de transact.

o) L. 8. D. et C. de transact.

p) L. 6. D. de off. Proconf. L. 8. §. 17. 18 et 19. D. de transact.

q) L. 8. §. 8. 9. et 17. D. de transact.

r) L. 8. §. 10. D. de transact.

risten Aemilius Macer, und Ulpian haben sich bemüht das muthmaßliche Alter festzusetzen. Heutzutage muß man von den neuern Beobachtungen z. B. des Probst Süßmilch, welche er in dem Buche, göttliche Ordnung in den Veränderungen des menschlichen Geschlechts gesammelt hat, Gebrauch machen. Ulpian s) rechnete folgendergestalt:

Von d. Geburt bis zum	20.	J.	werd. noch gerechnet	30	J.
Vom 20. Jahre	—	25.	—	—	28	—
Vom 25.	—	—	30.	—	—	25 —
Vom 30.	—	—	35.	—	—	22 —
Vom 35.	—	—	40.	—	—	20 —
Vom 40.	—	—	50.	—	—	so viel Jahre als an 60 fehlen, jedoch allemal 1 Jahr zurück.
Vom 50.	—	—	55.	—	—	9 —
Vom 55.	—	—	60.	—	—	7 —
Vom 60. ohne Unterschied				—	—	5 —

Aemi-

s) L. 68. pr. D. ad Leg. Falcid. — Computationi in alimentis faciendae hanc formam esse *Vipianus* scribit, vt a *prima aetate* vsque ad annum *vicesimum* quantitas alimentorum 30 annorum computetur, eiusque quantitatis Falcidia praestetur: ab annis vero 20 vsque ad annum 25, annorum 28: ab annis 25 vsque ad annos 30, annorum 25; ab annis 30 vsque ad annos 35 annorum 22: ab annis 35 vsque ad annos 40, annorum 20: ab annis 40 vsque ad annos 50, (tot) annorum computatio fit, quot aetati eius ad annum 60 deerit, remisso vno anno: ab anno vero 50 vsque ad annum 55, annorum 9: ab annis 55 vsque ad annum 60 annorum 7: ab annis 60 cuiuscunque aetatis sit annorum 5: eoque nos iure vti Vlpianus ait, et circa computationem vsusfructus faciendam. Solitum est tamen a prima aetate vsque ad annum 30, computationem annorum 30 fieri: ab annis vero 30, tot annorum computationem inire, quot ad annum 60 deesse videntur. Numquam ergo amplius quam 30 annorum computatio initur.

Aemilius Macer rechnet so:
Von der Geburt bis zum 30. Jahr — 30 —
Von 30 jederzeit noch so viel Jahre als an 60 fehlen.
Wie nach dem 60 J. die Berechnung zu machen sey, bestimmt Macer nicht, folglich muß man hier die Rechnung nach dem Ulpian einrichten, welche aber freylich auch nur bis zum 65 J. geht. Da die angeführte Berechnung auf Italien, folglich auf ein sehr warmes Land eingerichtet ist, wo die Menschen nicht so alt werden, als bey uns, so ist diese Rechnung für unsere kalten Gegenden nicht ganz passend; denn es giebt Alte genug, die über 65 Jahr leben, mithin muß auch auf diese Rücksicht genommen werden. Zur deutlichern Uebersicht des zeither angeführten, wird folgendes Formular, des niedergeschriebenen Protocolls, von der geschehenen richterlichen Untersuchung bey einem geschlossenen Vertrage, über die zu fordern habenden Alimente, welches der Herr Hofrath Claproth S. 375. von freywilligen Gerichtshandlungen abdrucken lassen, viel beytragen.

Geschehen N. — —

Es erschien der hiesige Einwohner N. und zeigte das D = = sche Testament vor, worin ihm die Wohnung, Kost, und der völlige Unterhalt vermacht worden. Dieses habe ihm der Erbe P. bisher zwar geleistet, allein er habe häufige Beschwerden darüber führen müssen, wie die hiesigen Amtsprotocolle zeigen würden, welche er nachzusehen bäte. Um diesen zu entgehen, hätte er sich mit gegenwärtigem P. vereinbaret, daß ihm dieser Statt der Wohnung, Feuerung und Licht, jährlich zwanzig Thaler in zwey Terminen, Ostern und Michaelis, zum Unterhalte aber folgende Naturalien: monatlich 1 Scheffel Rocken, jeden Martini drey Scheffel Weizen, ein Malter Bohnen, drey Malter Gerste, zwey Scheffel reine Erbsen, zwey

Metzen Linsen, eine Metze Hirse, ein jähriges Schwein, zwey Gänse, ein Fuder Grumet, wie die Fuder hier gewöhnlich, einen halben Vorling (Acker) Krautland, mit zwey Fuder Dünger befahren, reichen wolle. Er könne damit seinen Unterhalt bestreiten, zumalen er hinreichende Mobilien zu Anstellung einer eigenen Haushaltung, und noch vier Morgen eigenthümliches unverschuldetes Land besitze. Er berufe sich auf das Zeugniß der Gerichtsschöppen, daß er, ob er gleich seiner Leibesgebrechen wegen nicht im Stande sey, andere Arbeiten als Stricken und Spinnen zu verrichten, dennoch immer sich haushälterisch und sittlich betragen habe. Er gedenke die Wittwe N. zu Führung der Wirthschaft zu sich zu nehmen, welche ebenfalls noch etwas Land besäße, dessen Ertrag und was sie mit Spinnen und Leinewandwürken verdiene, sie zur gemeinschaftlichen Haushaltung verwenden wolle. Bat das Königliche und Churfürstliche Amt um Untersuchung und Einwilligung.

Der gegenwärtige D = = sche alleinige Erbe A. P., welcher den bisherigen Unterhalt des N. nach dem Testament besorget, gestund, daß er mit N. wegen der vielen Mißhelligkeiten, so unter ihnen dieses Unterhalts wegen entstanden wären, sich auf die ihm jetzo punctweise vorgelesene Art vereinbaret habe, und wolle sein Vermögen für die richtige Abführung des Geldes und der Naturalien zur gerichtlichen Hypothek einsetzen.

Nachdem nun das ausgeworfene Geld zur Wohnung und Feuerung, auch die Naturalien zum nöthigen Unterhalte hinreichend befunden worden, so wurde das Lager- und Hypothekenbuch nachgeschlagen, und befunden, daß N. allerdings vier Morgen eigenthümliches unverschuldetes Land besitze. Desgleichen bewiesen die N = = schen Theilungsacten, daß diesem

N.

N. das nothdürftige Hausgeräthe in der elterlichen Theilung zugefallen sey. Die gegenwärtigen Gerichtsschöppen bezeugten, daß derselbe sich bisher haushälterisch und so aufgeführt habe, daß er seine eigene Wirthschaft zu führen, wohl im Stande sey. Gleichfalls wurde die Wittwe R. vorgefordert, welche besage des Lager- und Hypothekenbuches zwey Morgen unverschuldetes Land besitzt, und dessen Einkünfte, wie auch was sie zu verdienen im Stande, sie in die mit N. verabredete gemeinschaftlich zu führende Haushaltung zu verwenden versprach. Bey so bewandten Umständen ist die Veränderung des Unterhalts auf die obbestimmte Weise dem zu ernährenden N. unnachtheilig befunden, mithin zwar von Amtswegen bewilligt, jedoch die von P. angebothene Hypothekbestellung verworfen, vielmehr die dem N. als Vermächtnißnehmer in sämmtlichen Erbgüthern des verstorbenen O. zustehende gesetzliche, mithin vortheilhaftere Hypothek, zumalen P. sein Vermögen schon für beträchtliche Summen mit Hypotheken beschweret, ausdrücklich vorbehalten, und gleichwie selbige hiermit auf Verlangen beyder Transigenten obrigkeitlich confirmirt wird, als soll auch selbige in dem Hypothekenbuche angemerkt, und das dem N. zustehende Separationsrecht vorbehalten, beyden Theilen aber dieses Protocoll, unter Amts Hand und Siegel mitgetheilet werden. — —

Ein Formular von dem Decret des Richters, wenn er die Abänderung der schuldigen Alimente gebilligt hat, ist folgendes.

Demnach N. allhier geziemend zu vernehmen gegeben, welchergestalt ihm zeither vermöge des N — schen Testaments, von N. außer freyer Wohnung, Feuerung und Licht, jährlich — — auf seine

Lebenszeit am Alimenten entrichtet werden müssen, solches auch bisher jederzeit richtig abgeführet, er jedoch gesonnen sey, von hier nach N. zu ziehen, und dann sowohl die fernere jährliche Entrichtung vielen Schwierigkeiten und Kosten unterworfen, als auch er sich gerathener fände, ein Capital Behuf seiner neuen Einrichtung in die Hände zu bekommen, mithin mit N. wegen gänzlicher Tilgung dieses jährlichen Naturalienbetrags Handlung zugelegt, und weiter gebethen, den übergebenen Vergleich obrigkeitlich zu bestätigen; sich denn auch bey der angestellten Untersuchung befunden, daß die vorhabende Veränderung des Wohnorts nicht allein gegründet, sondern auch die jährliche Abführung mit besondern Schwierigkeiten und Kosten verknüpft sey, dahingegen gedachter N. außer diesem noch ein ziemliches Vermögen besitzt, und sonst eine gute Wirthschaft führet, es ihm auch bey der vorhabenden Veränderung des Wohnorts Vortheil stifte, wenn er sogleich ein Capital in die Hände bekomme, einfolglich da, bey der Abhandlung der bisher gereichten zum Unterhalt bestimmten Wohnung und Naturalien überhaupt nichts zu erinnern, die bisher genossene Wohnung, Feuerung, Licht und Naturalien nach einem leidlichen Preise zu — — Thlr. — — angeschlagen, diese als Zinsen eines Capitals von — — zu — — vom hundert gerechnet, welches, nachdem N. 30 Jahr alt, erst nach 22 Jahren für zahlbar zu halten, nnd solchergestalt nach Abzug des berechneten Zwischenzinses eine Summe von — — Thlr. — — beträgt, diese aber von beyden Theilen bewilliget, bey sothanen Umständen aber dem Suchen zu willfahren, kein weiteres Bedenken vorgefallen; Als wird sothaner Vergleich in der Maasse, wie verstehet, von Obrigkeitswegen genehmigt. Urkundlich — —

Da

Da S. 656 gesagt worden, daß auch über Stipendien kein Vergleich geschlossen werden könne, ohne richterliche Untersuchung und Einwilligung, und die Grundsätze welche bey dem was in Ansehung der Stipendien Rechtens ist, mehrentheils die Anwendung von den zeither vorgetragenen Wahrheiten sind, so will ich das wichtigste davon anführen [t]). Ein in einem Testament ausgesetztes Stipendium ist eine Art eines jährlichen Vermächtnisses, welches zu Erreichung eines Endzwecks, und zwar zu Erlernung nützlicher Künste und Wissenschaften ausgesetzt worden. Da der Endzweck der Legate erfüllt werden muß, wenn der Erblasser oder ein Dritter dabey interessirt ist (S. 600); so darf auch Niemand der ein Stipendium genießen will, die Erfüllung des Endzwecks vernachläßigen, sonst kann das erhaltene wieder zurück gefordert werden, wie wir S. 603 gesehen haben. In den rechtlichen Bedenken des verstorbenen Herrn Vicekanzlers Strube, sind verschiedne hierher gehörige Fälle enthalten [u]). Er behauptet, wenn derjenige, welchem ein Stipendium zum Behuf seiner akademischen Studien auf gewisse Jahre vermacht ist, vor deren Ablauf die Universität ohne Noth verläßt, so kann es nur auf die Zeit verlangt werden, da er sich auf selbiger befunden hat, und das übrige muß wieder zurück gegeben werden. In einem andern Falle wurde Einer, der bereits vor 10 Jahren studiert, und nun Frau und Kinder aber nichts zu leben hatte, daher er zum zweytenmale auf die Universität zog, um die Oeconomie zu studieren, zu seinem Unterhalte aber das Familienstipendium

t) Herr Hofrath Claproth von Testament. S. 359.
u) Strubens rechtl. Bed. 1. Th. 129. Bed. S. 307. 5 Th. 52 Bed. S. 115.

noch einmal verlangte, wodurch ein entfernterer Verwandter, der erst studieren wollte, ausgeschlossen werden sollte, mit seinem Suchen abgewiesen. In dem Testamente hieß es: das Stipendium braucht eben nicht würklich auf der Universität verzehrt zu werden. Denn wenn etwa zwey zu gleicher Zeit, oder kurz hinter einander nach Universitäten gehen, so genießet es erst einer, hernach aber der, welcher ihm in der Ordnung folget, wenn er auch gleich schon wieder von der Akademie weg wäre, und kann er inzwischen Geld zu seinen akademischen Studien leihen, und durch das Stipendium die Schuld hernach bezahlen, damit er zu rechter Zeit nach Akademien komme. Genug also, wenn das Stipendium Behuf akademischen Studirens angewendet wird. Der Unverwandte, welcher zum zweytenmale auf der Universität war, führte für sich an x): in dem Testament würde kein Unterschied gemacht, zwischen denjenigen, welche einmal und zweymal studieren. Er habe gegen seine Neigung auf des Vaters Befehl die Rechte studiert, nunmehro aber sich auf Cameralia gelegt. Die Stifterin schliesse von dem Stipendio keine Verheyrathete aus. Er gebe auf der Universität seinen Kindern die bestmöglichste Erziehung, wodurch Gottes Name verherrlichet, und des Nächsten Aufnahme befördert werde. Die Königl. Hannöverische Justizkanzley erkannte aber 1773: Nachdemmahlen, wenn man diejenigen, von denen nicht zu vermuthen, daß sie ihres Alters und anderer Umstände halber, durch akademische Studia ihr eigenes und das gemeine Beste befördern, sondern nur mit ihrer Familie einige Jahre Alimente erlangen werden, den jungen Leuten, welche das Stipendium zu ihrer Qualification anwenden

x) Strubens rechtl. Bedenken 5 Th. S. 116.

anwenden wollen, vorziehet, solches die Absicht der Stifterin vielfältig vereiteln muß, mithin derselben Intention für ungemäß zu halten, daß aus einem Stipendio ad Studia ein Legatum alimentorum werde, so ist der Implorant, wenn er gleich erweislich machte, einige ökonomische Collegia frequentirt zu haben, dennoch des Stipendii unfähig und davon auszuschliessen, wie wir ihn denn ausschliessen und die Proceßkosten compensiren. Der Herr von Leyser y) hält die Stipendienvermächtnisse für bloße Jahrvermächtnisse; und behauptet, wenn gleich der Endzweck nicht erfüllt worden, das Vermächtniß gleichwohl gefordert werden könne, nicht bloß für die Universitätsjahre, sondern auch nachher. Er läßt sich aber durch Gesetze z) irre führen, welche von dem vermachten Unterhalte handeln. Der Herr Hofrath Claproth führt S. 366 folgende allgemeine Grundsätze von Stipendien an. 1) Die Oberaufsicht über die von Privatpersonen gestifteten Stipendien, wird gewöhnlich von dem Regenten seinem Geheimen Rath, oder Consistorio übergeben a); und dazu ist der Regent befugt vermöge der ihm gebührenden höchsten Oberaufsicht über Kirchen- und Schulsachen. 2) Die Absicht des Stifters muß erfüllt werden, oder man kann das Stipendium nicht fordern. Geht dieses aber nicht an, so kann der Regent b) die Absicht des Stifters auf andere Weise erfüllen lassen. 3) Die Führung der Verwaltung und Rechnung über die ausgesetzten Capitalien, und

y) LEYSER Spec. 383. med. 3. et 5.

z) L. 20. pr. de ann. leg. L. 20. §. 1 et 3. de alim. l. cib. leg. L. 1 C. de leg.

a) MVLZ Repraesent. maiest. imperat. P. II. c. 33. m. 2. §. 4. n. 282. S. 945.

b) ZIEGLER de iurib. maiest. L. 1. c. 20. §. 5. 6.

die Personen, welche das Stipendium erhalten sollen, werden vom Stifter festgesetzt. Einige Rechtslehrer [c]) behaupten ohne Grund, wenn der Ausdruck, einer meiner Freunde gebraucht worden, so würden auch die verschwägerten Personen für fähig zum Stipendio gehalten. 4) Der Regel nach hat der nächste Anverwandte vom Stifter an gerechnet, das erste Recht auf den Empfang des Stipendiums; und wenn dieses nicht ausdrücklich vom Stifter befohlen worden, so machen weder Armuth noch Reichthum, weder die größern oder geringern Fähigkeiten, oder Fleiß und bessere Aufführung dagegen eine Ausnahme, obgleich der Canzler Fritsch und auch Stryck [d]) dieses ohne Unterschied behaupten. 5) Wer einmal berechtigt ist, das Stipendium zu erhalten, dem kann die Auszahlung desselben auch nach geendigten Universitätsjahren nicht verweigert werden, wenn er damals als er würklich studirte, näheren Anverwandten den Vorgang lassen mußte, es müßte denn der Stifter es Niemanden anders zugeschrieben haben, als solchen die würklich auf der Universität sind [e]); 6) ein Familienstipendium kann nicht anders als mit Bewilligung aller Anverwandten, und nach erfolgter Genehmigung des Regenten aufgehoben werden, wozu aber keine andern als wichtigen Ursachen zureichend sind; 7) wenn kein Anverwandter da ist, welcher das Stipendium erhalten könnte, so müssen die Gelder zu Capitalien gemacht, und dürfen

c) Berger Elect. Disc. for. in suppl. P. I. S. 464. Hommel Rhapf. 240, Vol. 1. S. 439. edit. nou. de An. 1782.

d) Stryck Vsus mod. Lib. 30. §. 28. Fritsch de stipend. c. 11. n. 2—6.

e) Horn Consult. Cl. I. n. 16. Berger Elect. disc. P. II. Conf. 51.

dürfen zu nichts anders verwendet werden f); 8) ist ein Stipendium bloß für die Familie gestiftet, und nun stirbt sie aus, so darf nicht der Fiscus das Capital einziehen, sondern es fällt dem Erben zu, wenn der Stifter nicht auf diesen Fall das Geld zu einer andern Bestimmung ausgesetzt hat. 9) Schulstipendia, welche keine Familienstipendien sind, können alsdenn, wenn keine Schüler da sind, denen es gegeben werden kann, so lange zu Universitätsstipendien angewandt werden, bis sich die Umstände geändert haben g). Wer in seinem Testament ein Stipendium stiften will, hat hauptsächlich auf folgende Puncte Rücksicht zu nehmen: 1) muß das Capital oder das Grundstück von dessen Zinsen das Stipendium bezahlt werden soll, auf das deutlichste angezeigt und dabey bestimmt werden, wie es gehalten werden soll, wenn das Capital sich vermehrt oder vermindert hat; 2) wie es mit der Verwaltung und Ablegung der Rechnung zu halten; 3) wer über die Verordnung des Stifters zu halten befugt seyn soll; 4) muß gesagt werden, ob das Stipendium ein Schul- oder Universitätsstipendium seyn und was für Wissenschaften der Percipient treiben soll; 5) wer fähig seyn soll, das Stipendium zu genießen, und wie es zu halten, wenn es mehrere zu gleicher Zeit verlangen. Herr Hofrath Claproth hat S. 360 von Testamenten ein Formular abdrucken lassen, wie man sich über diese Puncte ausdrücken kann.

Ferner soll mein Erbe ein Capital von 6000 Thlr. in Pistolen zu fünf Thalern (den Meyerhof zu N. mit allen seinen Zubehörungen) gleich nach Antretung

f) Carpzov Part. II. Const. 5. Def. 8.
g) Carpzov Iurispr. eccles. Lib. II. Def. 332.

tretung der Erbschaft an N. entrichten. Dieser soll das Capital baldigst gegen genugsame öffentliche Hypotheken zinsbar ausleihen (das Meyerguth in Verwaltung nehmen), und alle Jahre an den löblichen Magistrat zu E. gegen gewöhnliche Gebühren Rechnung ablegen. Nach des N. Tode soll der jedesmalige älteste meiner Familie, insoferne er wegen des Capitals und Zinsen Sicherheit bestellt, sonst aber der im Alter auf ihn folgende, jedoch unter eben der Bestimmung, die Verwaltung führen. Bey bedenklichen Verwaltungsfällen, hat der jedesmalige Verwalter zuerst von zweyen der ältesten meiner Familie, und wenn sich diese etwa nicht vereinigen können, von gedachtem löblichen Magistrat die Entscheidung zu erbitten. (Durchaus darf überall keine Veräußerung geschehen, woferne es nicht ein nützlicher Tausch ist). Vergleiche und Compromisse bey entstehenden Streitigkeiten sollen vom jedesmaligen Verwalter nicht anders als nach eben angeführter Bestimmung geschlossen werden. Für die Bemühung soll der jedesmalige Verwalter jährlich — — Thlr. zur Ergötzlichkeit in Ausgabe bringen. Die solchergestalt eingehenden Zinsen (Einkünfte) sollen von Ostern, welche nach Ablauf des ersten Verwaltungsjahres folgen, dergestalt verwendet werden, daß alle diejenigen, so von meinen Verwandten sich denen höhern Wissenschaften widmen, davon Unterstützung erhalten, und zwar unter folgenden Bestimmungen:
1) Niemand anders erkenne ich für meine Verwandten, und Niemand soll sich zur Theilnehmung zu melden einige Befugniß haben, als welche ich im angehängten Stammbaume verzeichnet habe, und deren rechtmäßige eheliche Kinder und Nachkommen.
2) Dieser Stammbaum soll von dem Verwalter alle Jahre nach denen vorgefallenen Todesfällen und Geburten,

burten, welche durch Scheine aus den Kirchenbüchern belegt werden müssen, nebst der Rechnung dem Magistrat zu E übergeben, und bey den Acten behalten werden. 3) Die nächsten im Grade ohne Unterschied der männlichen oder weiblichen Abstammung, schließen die entfernten so lange aus, als nähere da sind. Wenn aber mehrere von gleichem Grade vorhanden sind, so kommen sie sämmtlich zum Genusse. Jedoch 4) wenn im letztern Falle einer oder mehrere noch auf Schulen sind, ein oder mehrere andere die Universität beziehen wollen, oder bezogen haben, so sollen die jährlichen reinen Einkünfte in drey Theile getheilt werden, wovon einen Theil der oder die Schüler, zwey Theile aber der oder die nach Academien gehenden Studenten bekommen, mithin verstehet sichs von selbsten, daß die ersten sowohl als die letzten, insoferne ihrer mehrere sind, sich nach der Häupterzahl in den Drittel oder zwey Drittel theilen müssen. Hingegen wenn nur einer von der einen Art, und mehrere von der andern vorhanden sind, so sollen sie alle nach der Häupterzahl, jedoch dergestalt zur Hebung kommen, daß ein Student auf Academien noch einmal so viel erhält, als einer der auf Schulen ist. 5) Sind in einem Jahre keine jungen Leute, welche zu dieser Beyhülfe fähig sind, vorhanden, so bekommen es diejenigen, welche vorhin durch nähere Verwandte ausgeschlossen worden, nach der Nähe des Grades, so lange bis ein näherer dazu fähig wird. Selbst alsdenn kommen diese vorhin ausgeschlossenen in dem eben bestimmten Falle zur Hebung, wenn sie gleich ihre Studien bereits geendigt haben. 5) Ein jeder, der sich um diese Beyhülfe bewirbt, muß Zeugnisse seines guten Lebenswandels, seines Fleisses und seiner Fähigkeiten zu den Studien beybringen, und wenn es an einem dieser Erfordernisse fehlt, wobey jedoch

bloße

bloße jugendliche Unbesonnenheit oder Muthwille nicht in Betrachtung gezogen werden darf, so soll der löbliche Magistrat zu X darüber erkennen, ob er dieser Unterstützung würdig und fähig sey, bey dessen Ausspruche es aber schlechterdings bleiben. Die Zeugnisse des guten Lebenswandels und Fleisses müssen aber auch im Anfange eines jeden folgenden Jahres beygebracht und auf gleiche Weise darüber vom löblichen Magistrat zu X erkannt werden, gestalten denn einem bösartigen liederlichen oder unfleißigen diese Beyhülfe durchaus nicht weiter gegeben werden soll. 6) Von der Zeit an, da einer auf Schulen in die obern Classen einrückt, soll das Stipendium, ohne auf gewisse Jahre Rücksicht zu nehmen, gereicht werden. Der löbliche Magistrat zu X wird aber dahin sehen, daß einer nicht unwürdig in die Classen rücke. Dahingegen wird einem auf die Universität gegangenen Studenten selbiges nur auf drey Jahre verwilligt. Ist Vorrath in der Casse, so soll auch einem zu einer gelehrten Reise auf ein Jahr 300 Thlr. gereicht werden. Sind mehrere von gleichem Grade, welche diese Beyhülfe zu einer solchen Reise suchen, vorhanden, so soll der löbliche Magistrat entscheiden, welcher eine Reise mit dem mehresten Nutzen unternehmen kann, und sodann diesem die gedachte Unterstützung zuerkennen, wobey es schlechterdings verbleiben soll, oder wenn die Umstände bey mehrern Mitwerbern ziemlich gleich sind, so soll es auf das Loos ankommen. 7) Nie soll einer der auf Schulen ist, mehr als jährlich 50, und ein Student auf der Academie nie mehr als jährlich 150 Thlr., die Fälle Nr. 10 ausgenommen, zu genießen haben. 8) Sind keine jungen Leute von meiner Familie da, welche stiftungsmäßig zur Hebung kommen können, so werden die Einkünfte zu Capital gemacht. Wären aber

in

in der Folge so viele fähige Miterben da, daß jeder Schüler nicht wenigstens jährlich 40, jeder Student aber nicht 120 Thlr. jährlich erhalten könnte, so soll ein solches aus den Einkünften entstandenes Capital angegriffen werden können, um so viel als jetzt gemeldet, auszuzahlen. 9) Wenn das Hauptcapital durch Unglücksfälle (die Einkünfte durch nöthige Gebäude oder Schaden) vermindert werden sollte, so fällt nicht allein die Aufkündigung eines solchen Capitals hinweg, sondern es soll vielmehr die jährliche Beyhülfe auf die im vorigen Paragraphen angeführten Summen, und wenn dieses nicht hinreichend wäre, um in 10 Jahren die ursprüngliche Capitalsumme zu ergänzen, so soll verhältnißmäßig nach Erkenntniß des löblichen Magistrats zu Æ die jährliche Beyhülfe noch weiter, jedoch verhältnißmäßig nach dem vorigen §. vermindert werden. Ich ermahne aber diejenigen von meiner Familie, welche dieses Stipendium genossen haben, und die in der Folge von Gott mit Vermögen gesegnet werden, einen Theil desselben dieser nützlichen Anstalt zu widmen. Würde hingegen 10) die Stipendiencasse sich so sehr vermehren, daß sich das Capital bis auf die Hälfte von den Einkünften vermehrte, so sollen die Zinsen von dieser Vermehrung bis auf $\frac{2}{3}$ nach dem Verhältniß des §. 4 und 7 vertheilt, der $\frac{1}{3}$ aber wieder zu Capitalien geschlagen werden. Vermehrte sich aber 11) das Capital über das gedoppelte, so soll keine weitere Erhöhung des jährlichen Zuschusses statt finden, sondern ein Drittel der Einkünfte immer zu Capital geschlagen, von den übrigen $\frac{2}{3}$ aber zuvor jedem der vier Schulcollegen, so lange die Casse in diesen Umständen bleibt, jährlich 25 Thlr. als eine Zulage ausgezahlet, das übrige aber vom löblichen Magistrat zu Æ. mit Zuziehung derer vier Schulcollegen

nach

nach Mehrheit der Stimmen, an bedürftige junge Leute, welche sich den Wissenschaften widmen, sie mögen Einheimische oder Fremde seyn, vorzügliche Fähigkeiten besitzen, von unbescholtener Lebensart und fleißig sind, und zwar dergestalt gegeben werden, daß denen, so die Schulstudien treiben, jährlich nicht mehr als 40 Rthlr., denjenigen aber so die Akademien besuchen, 100 Rt. jährlich, niemals aber mehr gereicht werden, nach eben diesem Verhältniß aber herunter gegangen werde, wenn der Vorrath nicht so ergiebig ist, daß so viel erfolgen könnte. 12) Eben so wie im vorigen Paragraphen geordnet, soll es in allem gehalten werden, wenn von meiner Familie, väterlicher und mütterlicher Linie, vom Mannsstamme oder Frauenspersonen entsproßen, Niemand mehr vorhanden ist.

Werden Stipendien nach diesem Formular gestiftet, so kann man gewiß das mehreste aus dem Stiftungsbriefe entscheiden, was dabey zweifelhaftes vorfällt. Der richtig eingerichtete Stammbaum und dessen jährlich fortgesetzte Berichtigung, ist das sicherste Mittel, die Fälle zu bestimmen, wer von der Familie zum Genuß gelassen werden soll. Und diese Einrichtung macht es auch den Bittenden leicht, ihre Anverwandtschaft ohne viele Kosten zu beweisen. Nach dem Vermächtniß der Alimente wird in den Pandecten das legatum auri, argenti, mundi, ornamentorum, vnguentorum, vestimentorum et statuarum angeführt [h]), und hiervon ist ebenfalls verschiedenes zu bemerken. Ein Erblasser kann rohes, verarbeitetes und ausgemünztes Gold und Silber hinterlassen.

h) Lib. XXXV. Tit. II. de auro, argento, mundo, ornamentis, vnguentis, vestimentis et statuis legatis. Madihn Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 266.

terlassen. Wenn er nun Jemanden überhaupt sein Gold und Silber vermacht hätte, so wird darunter nicht nur das rohe und unverarbeitete Gold und Silber verstanden, sondern auch die aus diesem Metall verfertigten Gefäße, oder das verarbeitete Gold und Silber. Aber das vorhandene baare Geld, es mag Gold- oder Silbermünze seyn, wird nicht mit dazu gerechnet i). Und so gehören auch alle Sachen von Gold und Silber, nicht mit zu diesem Vermächtniß, welche in anderer Rücksicht zu einer gewissen Classe von Sachen des Erblassers mit gezählt werden. Z. B. Unter dem vermachten Hausgeräthe giebt es viele Stücke von Gold und Silber, wie wir S. 646 gesehen haben; und so auch bey dem legato mundi, und den ornamentis. Kommen nun diese Vermächtnisse in einem Testamente vor, so muß bestimmt werden, was für Gold und Silber dazu gehört k). Ist Jemanden eine Quantität Gold oder Silber, nach dem Gewicht bestimmt, vermacht worden, so bekommt er bloß rohes Gold oder Silber, und dazu werden auch die zerbrochnen völlig unbrauchbaren Sachen von Gold und Silber gerechnet. Wenn das geprägte Metall allein vermacht worden, so gehören auch die Medaillen dazu l). Unter dem legato mundi begriffen die Römer alles, was zur Reinlichkeit erfordert wird, oder etwas dazu beyträgt. Man rechnete hierher die Spiegel, Waschbecken, Kämme, Salben, und die Gefäße worin man sie verwahrte, aber die Salben doch nur in der Rücksicht, als sie zur Reinlichkeit gebraucht wurden m). Bey Frauenzimmern

i) L. 19. pr. D. de auro, arg. — legat.
k) L. 27. §. 6. L. 19. §. 8. L. 32. §. 1. h, t.
l) L. 27. §. 4. de auro legat.
m) L. 25. §. 10. L. 32. §. 7. D. de auro — leg.

zimmern nennen wir es, die Toilette. Das legatum ornamentorum bestand hingegen in solchen Dingen, dessen sich die Frauenzimmer bey ihrem Putz bedienen, als Ringe, Juweelen, Ohrgehänge, Armbänder, aber die Kleider rechnete man nicht dazu. In dem in der Note n) angeführten Gesetz, werden solche Sachen angeführt, welche man zum Schmuck der römischen Damen zählte. Dieses Gesetz ist ein kleiner Beytrag zu dem beliebten Journal des Luxus und der Moden. Das legatum vnguentorum begriff alle Flüßigkeiten, Oehle und Salben unter sich, deren sich der Erblasser zu seiner Gesundheit oder zum Vergnügen zu bedienen pflegte o). Unter dem legato vestimentorum verstanden die Römer das Vermächtniß solcher Dinge, welche zur Bedeckung des Körpers und zu den Kleidungsstücken des Testators gehört hatten, sie mochten bestehen woraus sie wollten. Wir nennen dieses die Guarderobe, wozu alle Wäsche, Kleider, Strümpfe, Hüte, Schuhe u. d. gehören. Bey den Römern rechnete man solche Sachen, die noch nicht verarbeitet, wenn sie auch schon zugeschnitten waren, nicht mit zu diesem Vermächtniß. Mit dem Vermächtniß der Kleidungsstücke des

n) L. 25. §. 10. de aur — leg. — Ornamenta muliebria sunt, quibus mulier ornatur: veluti inaures, armillae, viriolae, annuli praeter signatorios, et omnia quae ad aliam rem nullam parantur, nisi corporis ornandi causa; quo ex numero etiam haec sunt, aurum, gemmae, lapilli, quia aliam nullam in se vtilitatem habent. *Mundus* muliebris est, quo mulier mundior sit: continentur eo specula, matulae, vnguenta, vasa vnguentaria, et si quae similia dici possunt: veluti lauatio, riscus. Ornamentorum haec: vittae, mitrae, semimitrae, calautica, acus cum margarita, quam mulieres habere solent; reticula, crocusantia.

o) L. 25. §. 1. L. 25. §. 12. h. t.

des Erblassers muß der Fall nicht verwechselt werden, wenn der Erblasser befiehlt, Jemanden zu kleiden, es mag einmal, oder so lange er lebt, geschehen sollen. Auch die Statüen waren bey den Römern ein Gegenstand der Vermächtnisse p). Außer den zeither angeführten einzelnen Vermächtnissen, wird auch über das Vermächtniß einer Schuld (legatum liberationis) verschiednes sehr wichtiges im römischen Rechte angeführt q). Es ist S. 551 gesagt worden, daß auch Rechte unter die Dinge gehören, welche vermacht werden können; und folglich sind auch Schulden ein Gegenstand der Vermächtnisse. Hier können dreyerley Vermächtnisse vorkommen. Der Erblasser vermacht entweder dasjenige, was er selbst schuldig ist, oder dasjenige, was ihm ein anderer schuldig ist. Im ersten Falle wird das Vermächtniß legatum debiti genennt r). Im zweyten Falle aber vermacht der Erblasser entweder dasjenige, was ihm der Vermächtnißnehmer schuldig ist, oder was ihm ein Dritter schuldig ist. Jenes heißt legatum liberationis, dieses aber legatum nominis. Das Vermächtniß der eignen Schuld (legatum debiti s. crediti) besteht also darin, daß der Erblasser Jemanden etwas vermacht, was er ihm ohnedieß schon zu geben schuldig ist. Dem ersten Ansehen nach scheint dieses etwas ungereimtes zu seyn, denn ein Vermächtniß ist eine Art von Geschenk, was ich aber Jemanden geben muß, davon kann man nicht sagen, es sey ihm geschenkt worden. Wenn also ein vernünftiger Sinn mit diesem Vermächtnisse verbunden werden soll, so

p) L. 1. pr. L. 14. D. de aur — leg.
q) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 248.
r) PAGENSTECHER de leg. deb. WAHL et SCHORCH Progr. de legato debiti.

müssen verschiedne Fälle genau unterschieden werden. Es kommt nämlich darauf an, ob der Vermächtnißnehmer einen würklichen Vortheil von dem Vermächtnisse ziehen kann, oder nicht. Im ersten Falle gilt das Vermächtniß, im letztern aber nicht. Dieser Vortheil zeigt sich nun auf verschiedne Art. 1) Wenn der Erblasser mir etwas nicht eher, als nach 10 Jahren schuldig ist, oder wenn ich erst eine Bedingung erfüllt habe, und er vermacht mir dieses, so kann die Schuld sogleich gefordert werden, folglich ist Vortheil s) mit dem Vermächtniß verbunden. 2) Kann der Vortheil darin bestehen, daß der Gläubiger durch die ihm vermachte Schuld eine Hypothek bekömmt, da er vorher keine hatte. Gesetzt, ich habe dem Erblasser 500 Rthlr. auf einen Wechsel geborgt, und nun vermacht er mir diese Schuld, die er an mich zu bezahlen hatte; so besteht der Vortheil in der Sicherheit der 500 Rthlr. Denn ohne das Vermächtniß hatte ich weiter nichts als eine persönliche Anforderung an den Erben, verschwendete er also die Erbschaft, so konnte ich mich an keinen Besitzer der Erbschaftssachen halten, und kam vielleicht um meine 500 Rthlr. Hatte mir aber der Verstorbene diese 500 Rthlr. vermacht, so bekomme ich damit zugleich eine Hypothek, und also ein Realrecht t), denn jeder Vermächtnißnehmer hat eine Hypothek an dem Vermögen des Erblassers. Ein dritter Vortheil zeigt sich in dem Beweise. Jeder Gläubiger muß

s) L. 13. D. de liber. legat. — Si *creditor debitori*, qui se exceptione perpetua tueri potuerat, legauerit, quod sibi deberet, *nullius* momenti legatum erit. *At si* idem *debitor creditori* legauerit, intelligendum erit, exceptionem eum remitti creditori voluisse. L. 14. eod. Idem est et si *in diem* debitor fuit, vel sub *conditione*.

t) Madihn Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 249.

muß seine Anforderung der Regel nach beweisen, wenn sie der Schuldner nicht zugestehen will. Dieses müßte auch geschehen, wenn der Erbe erst Beweiß verlangte, daß der Verstorbene würklich etwas schuldig gewesen. Hat aber der Erblasser seinem Gläubiger die Schuld vermacht, so braucht er sich bloß auf das Testament zu berufen, und deswegen ist der Erbe schon schuldig zu bezahlen. Selbst alsdenn muß das Legat ausgezahlt werden, wenn der Verstorbene nichts, oder nicht so viel, als das Vermächtniß beträgt, schuldig gewesen: denn man hält sich an die Worte des Testaments, woraus man sieht, der Testator habe gewollt, der Vermächtnißnehmer solle, etwas bekommen. Aber in diesem Falle muß auch deutlich gesagt seyn, wie viel die Schuld betrage. Der Erblasser muß z. E. sagen: dem A. vermache ich die 100 Rthlr., die ich ihm schuldig bin. Jetzt bekommt er sie, und wenn er auch würklich nichts zu fordern gehabt. Steht hingegen die Summe nicht angeführt im Testament, z. B. es hieße, dem A. vermache ich was ich ihm schuldig bin, und er hat nichts zu fordern, so bekommt er auch nichts, denn man weiß ja nicht, was der Erblasser in der That gewollt hat. Der vierte Vortheil des Vermächtnisses der eignen Schuld war dieser. Gesetzt der Gläubiger hatte eine Forderung des strengen Rechts wider den Erblasser gehabt, nun vermachte er ihm aber die Schuld, so wurde sie jetzt nach der Billigkeit beurtheilt u). Von den zeither angeführten Fällen muß aber folgender genau unterschieden werden. Gesetzt, ich bin dem B. 500 Rthlr. schuldig, und in meinem Testament vermache ich ihm 500 Rthlr.; sage aber nicht, daß er dieses Capital für die Schuld rechnen

u) Höpfners Comment. über die Instit. S. 498.

soll. Hier entsteht die Frage, ob ich ihm bloß seine Schuld vermacht habe, oder ob dieses für ein gewöhnliches Vermächtniß zu halten sey, so daß er nun nichts destoweniger immer noch seine 500, außer dem Vermächtnisse fordern kann. Nach dem römischen Rechte x) wird dem Vermächtnißnehmer sowohl das Vermächtniß zugesprochen, als auch seine Schuld, und zwar deswegen, weil ein Vermächtniß eine Freygebigkeit ist, wer aber seine Schuld bezahlt, keine Freygebigkeit ausübt; folglich glaubt man, der Erblasser habe die Schuld nicht durch das Vermächtniß tilgen wollen, da er es nicht ausdrücklich erklärt hat y). Die Regel ist also: ein Vermächtniß ist in keine Schuld einzurechnen. Die Rechtslehrer machen aber eine Ausnahme in Ansehung solcher Schulden, welche ohne Vertrag unmittelbar aus den Gesetzen herrühren, und sie behaupten, daß, wenn ein Testator seinem Gläubiger ein Vermächtniß, welches der gesetzlichen Schuld gleich ist, hinterlassen, alsdenn die Schuld selbst für hinterlassen zu halten sey, wenn der Erblasser nicht das Gegentheil hinlänglich erklärt habe. Diesen Satz wendet man auf das Vermächtniß an, welches ein Mann seiner Frau hinterlassen, die ihm nach der Auth. praeterea C. vnde vir et vxor succedirt, ingleichen dehnt man ihn auf das Vermächtniß aus, welches ein Vater seiner Tochter hinter-

x) L. 85. D. de legat. II. Creditorem, cui res pignoris iure obligata, a debitore legata esset, non prohiberi pecuniam creditam petere, si voluntas testatoris compensare volentis euidenter non ostenderetur.

y) Perill H. G. Baver D. an legatum a debitore creditori relictum, debiti compensati praesumtionem inducat? Lipsi. 1762. Kravse D. de leg. in deb. haud. compens. Vit. 1740.

hinterläßt, der er einen Brautschatz z) versprochen hat; und wenn dieses erlaubt ist, so müßte auch in Teutschland das Vermächtniß mit der statutarischen Portion compensirt werden können a). So viel von der vermachten Schuld. In Ansehung des legati liberationis ist folgendes merkwürdig b). Hier geht der Wille des Erblassers dahin, daß der Erbe dasjenige von dem Vermächtnißnehmer nicht einfordern soll, was er dem Verstorbenen schuldig gewesen c). Dieses kann geschehen ausdrücklich und auch stillschweigend. Der Regel nach kommt dieses Vermächtniß nur demjenigen zu Statten, das heißt, derjenige wird nur von der Schuld frey, dem im Testament seine Schuld vermacht oder erlassen worden. Sollten also mehrere dem Erblasser etwas schuldig seyn, so kommt dieses nur dem zu Gute, welchem das Vermächtniß hinterlassen worden, ausgenommen, wenn sie alle in Gesellschaft mit einander stehen d), in welchem Falle alle, sie mögen genannt seyn oder nicht, auch sogar unfähige von der Schuld frey werden. Für eine stillschweigende Befreyung wird es gehalten, wenn meinem Gläubiger dasjenige, was ich ihm schuldig bin, in Absicht meiner vermacht worden. Klagt nun der Gläubiger aus dem Testament wider den Erben, so kann dieser Caution fordern, daß der Gläubiger ihn, den Erben, wider des

z) L. 22. §. 3. D. sol. matr.

a) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 251.

b) BEYER D. de legat. liberat. ab indeb. in Opsc. S. 183. E. OTTO D. de liberatione ab indebito legata, Vltrai. 1735.

c) L. 1. pr. L. 3. pr. L. 7. pr. D. de liber. leg. L. 1. L. 4. C. de falf. cauf. — fid. adi. L. 2. C. de his quae fub modo.

d) L. 28. pr. D. de liberat. legat.

Schuldners Ansprüche vertreten werde, und im Fall dieser wider den Erben auf die Befreyung von der Schuld klagt, so muß derselbe dem Erben Sicherheit für die Ansprüche des Gläubigers bestellen [e]) Die Würkung des Vermächtnisses der Schuld an den Schuldner selbst (legat. liber.) besteht also darin, daß wenn dem eingesetzten Erben vom Erblasser vorgeschrieben worden, eine Schuld von dem Schuldner entweder niemals, oder nicht eher, als nach einer gewissen Zeit, oder nur zum Theil einzufordern, er dieses so wenig zu thun berechtigt ist, als sein eigner Erbe es thun darf [f]). Hier fragt sich aber, ob dieses Legat auch dem Erben des Schuldners ein gleiches Recht zuwege bringen könne? Dieses hielten die römischen Juristen nicht dafür. Denn wenn es z. B. im Testament hieß: allein vom Cajus, oder beym Leben des Cajus soll die Schuld nicht von ihm gefordert werden, so richtete man sich strenge nach den Worten, und da des Erben nicht gedacht war, half ihm auch das Vermächtniß nichts. Man nennt dieses ein legat. deb. personale. Sollte der Erbe auch frey werden, so mußte es ein leg. deb. reale seyn. Und so wurde auch der Schuldner selbst dadurch nicht von seiner Schuld frey, wenn es gleich im Testament hieß, daß der eingesetzte Erbe von dem Erben des Schuldners nichts fordern sollte. Der Schuldner mußte immer bezahlen, wenn er nicht zugleich frey gesprochen worden [g]). Zu dieser äußerst strengen Entscheidung wurden die römischen Juristen durch folgenden Schluß verleitet. Der Jurist Pomponius schloß

e) L. 3. §. 3. 4. 5. L. 5. §. 1. L. 8. pr. L. 29. L. 31. §. 3. h. t. L. 4. L. 10. eod.

f) L. 2. §. 1. L. 15. D. de liberat. legata.

g) L. 8. §. 3. 4. L. 20. pr. D. de liberat. legata.

schloß z. B. folgendergestalt: Wenn man bey einer Sache bloß auf die Person Rücksicht genommen, wie dieses z. B. bey persönlichen Servituten geschieht, so können die Erben nicht auch Antheil daran haben; sondern dieses geschieht nur alsdenn, wenn die Schuld selbst für gehoben erklärt wird, nicht aber bloß eine Person von der Verbindlichkeit die Schuld abzutragen frey gesprochen worden. Daß dieser Schluß auf die zu ängstliche Festhaltung an den Worten gebaut ist, sieht jeder ein. Der Erblasser kann auch erklären, daß sein Erbe von den Bürgen nichts fordern soll. Dadurch ist die Hauptschuld wieder nicht aufgehoben, sondern nur die Bürgen sind von ihrer Verbindlichkeit befreyt worden. Eben so ist auch der Bürge nach dem strengen Rechte nicht frey, wenn gleich der Erbe von dem Hauptschuldner nichts fordern soll. Dringt aber der Erbe gegen den Bürgen auf die Bezahlung der Hauptschuld, so kann der Hauptschuldner mit einkommen, und aus dem Testament auf die Befreyung klagen [h]). Sollte aber der Bürge eigentlich der Hauptschuldner seyn, weil er selbst, und nicht der angebliche Hauptschuldner das Geld bekommen hat, so hilft ihm das Vermächtniß, von welchem wir reden, nichts [i]). Hatte Jemand dem Vater die Befreyung wegen einer Schuld seines Sohnes vermacht; so konnte man nun auch nicht weiter gegen ihn aus dem Peculium des Sohns klagen, aber der Sohn blieb immer ein Schuldner. Gesetzt aber, der Vater hatte sich wegen dieser Schuld für seinen Sohn verbürgt, so mußte untersucht werden, ob die Befreyung sowohl auf den Vater als auf den Bürgen gestellt war. Nur in diesem Falle durfte er nicht

h) L. 2. pr. L. 5. pr. h. t. D. de liberat. leg.
i) L. 5. pr. D. de lib. leg.

bezahlen; sonst blieb er jederzeit noch für die Person, auf welche die Befreyung nicht gestellt war, ein Schuldner. Anders verhielt es sich aber in dem Falle, wenn dem Sohne die Schuld vermacht worden. Jetzt war auch der Vater nicht mehr verbindlich, wenn nicht bewiesen werden konnte, daß die Befreyung der Schuld einzig und allein zum Besten des Sohnes vom Erblasser geschehen sey. Es ist auch erlaubt, seinem Schuldner das von ihm erhaltene Unterpfand zu vermachen. Die Folge davon ist, daß zwar das Unterpfand aufhört, aber die Schuld selbst bleibt deswegen immer noch gültig, wenn der Erblasser nicht erklärt hat, daß er auch diese vermacht haben wolle [k]). Giebt ein Gläubiger vor seinem Tode dem Schuldner die Obligation zurück, so wird dieses für eine Erlassung vermöge eines Fideicommisses gehalten, und der Schuldner kann sich der gehörigen Einreden bedienen. Das nämliche ist Rechtens, wenn der Gläubiger vor seinem Tode, die Obligation des Schuldners an einen Dritten abgiebt, mit der Erklärung, daß er sie nach seinem erfolgten Tode dem Schuldner zustellen, sterbe er aber nicht, sie ihm wieder ausantworten solle [l]). Hat der Testator seinem Schuldner die Schuld im Testament erlassen, er vernichtet aber diesen letzten Willen wieder, und errichtet ein anderes Testament, worin es heißt: alle Legate des vernichteten Testaments sollen gültig seyn, so hören damit zwar die alten Schulden auf, aber nicht auch die neuern, erst nach dem errichteten Testament entstandenen [m]). War Jemand zu zweyerley verbunden, so daß er nach seiner eignen Wahl

k) L. 1. §. 1. D. de liberat. legata.
l) L. 3. §. 1. D. de liberat. legat.
m) L. 28. §. 1. 2. L. f. §. f. D. de lib. leg.

Wahl bestimmen konnte, was er thun oder geben wollte, und nun erklärte ihn der Erblasser in seinem Testament von der einen Verbindlichkeit befreyt, so darf er auch die andere nicht erfüllen n). Hatte der Erblasser verordnet, daß der und der, wegen einer von einem andern gehabten Verwaltung, nicht allein völlig freygesprochen seyn, sondern er auch wegen desjenigen, was er thun müssen, Rechnung abzulegen nicht schuldig seyn solle; so kann der Erbe auch nicht einmal die, von diesem Verwalter aus der Verwaltungscasse ausgeliehenen Capitale beytreiben. Wenn aber weiter nichts, als die Ablegung der Rechnung erlassen worden, so fallen diese Gelder an den Erben o). Sollte ein Erblasser in seinem Testamente gesagt haben, meinen Vormund spreche ich von der Vormundschaftsklage (Handb. 3 Th. S. 743) frey, so hat dieses, wenn der Vater selbst der Vormund gewesen, die Würkung, daß der Erbe ihm wegen der Capitale nicht eher belangen darf, als bis er bewiesen hat, der Erblasser habe dieses in der That nicht verordnen wollen. Bey andern Vormündern und Verwaltern fremder Güther aber läßt sich diese Verordnung des römischen Rechts nicht anwenden, weil ausdrücklich der Vater genannt ist, und bey einem Vormunde, der ein Fremder war, anders entschieden wurde p). Es ist zur Befreyung von der Verbindlichkeit eine Schuld abzutragen, bisweilen schon das bloße Bekenntniß des Erblassers in seinem Testament, wodurch er Jemanden von einer Verbindlichkeit befreyet, hinlänglich. Man nehme den Fall an; ein Minderjähri-

n) L. 7. §. 1. D. de lib. legat.

o) L. 19. L. 23. 28. §. 4. L. 31. §. 1. 2. D. de lib. legat.

p) L. 28. §. 3 et 4. D. de liberat. legata.

jähriger der unter der Curatel stand, bediente sich in seinem letzten Willen der Worte: ich will nicht, daß meinem Curator Rechnung abgefordert werde, weil ich meine Sachen selbst besorgt habe. Diese Erklärung hat die Würkung, daß der Curator keine Rechnung ablegen darf; hat er aber betrogen, oder er besitzt noch etwas von den Sachen des Minderjährigen, so muß er es ersetzen q). Wenn Jemanden die Schuld, die er dem Testator schuldig war, nur auf eine gewisse Zeit vermacht worden, so darf er indes auch keine Zinsen von der Anforderung geben r). Wenn das Vermächtniß der Schuld Jemanden etwas helfen soll, so muß auch würklich eine verbindliche Schuld existiren. Erließe also der Testator etwas, was der andere gar nicht schuldig wäre, so wäre dieses ein unnützes Legat, und hätte keine Würkung. Einige Rechtslehrer sind aber dennoch durch verschiedne Gesetze s) verleitet worden, eine Ausnahme von diesem Satze zu machen; und sie behaupten, wenn die Summe der Schuld genau angegeben worden, so müsse der Erbe so viel an den Vermächtnißnehmer, dem diese Summe als eine Schuld vermacht worden, auszahlen, denn jetzt sey das Vermächtniß für ein solches, zu halten, wo der Erblasser eine solche Beschreibung gebraucht, diese schade aber nicht. Einige römische Juristen hielten diese Meynung würklich für richtig, wie Paulus im L. 25. h. t. anführt; er widerlegt sie aber in diesem Gesetz zugleich, wie Voet gut gezeigt hat t). Man nennt dieses Vermächt-

q) L. 70. §. 1. D. de lib. legat.

r) L. 28. §. 8. D. de lib. leg. Beyträge zur jurist. Litteratur in den Preußischen Staaten, 6. Samml. S. 106.

s) L. 75. §. 2 de legat. I. L. 25. D. de lib. leg.

t) VOET ad Tit. de liberat. legat, n. 2. BEYER et GVNDACK D. de legat. liberat. ab indebito.

mächtniß ein legatum ab indebito. Bey den Römern brachte das Vermächtniß der Schuld nur eine Ausflucht zuwege, nämlich man setzte dem Kläger die Einrede des Betrugs entgegen. Hatte man sich aber einer feyerlichen Annahme bedient (acceptilatio), so hörte die Schuld von selbst auf (ipso iure). Bey uns ist die Schuld von selbst getilgt. Es konnte auch geschehen, daß der Testator seinen Erben ersuchte, er möchte doch seinem eignen Schuldner A. die Schuld schenken. Dieses wurde für ein Fideicommiß erklärt, und hatte die Würkung, daß der Erbe würklich nichts fordern durfte. Hat der Erbe gleichwohl nach Eröffnung des Testaments die Schuld oder einen Theil derselben gefordert, so wurde dieses für einen Betrug gehalten, und der Erbe mußte es wieder herausgeben. Was er aber eingetrieben hatte, ohne etwas davon zu wissen, was im Testament verordnet worden, so durfte er nichts wieder herausgeben [u]). Von diesem zeither erklärten Vermächtniß ist das sogenannte Vermächtniß einer Schuld, welche der Testator an einem Dritten hat, unterschieden, oder das legatum nominis. Ehe ich die Beschaffenheit desselben erkläre muß ich noch eine Frage anführen, welche das vorige Vermächtniß betrift. Man nehme den Fall an, der Schuldner, dem der Gläubiger diese Post vermacht hat, bezahlt sie würklich noch vor dem Tode des Erblassers. Z. B. ich vermache dem A, die 500 Thlr. die er mir schuldig ist, vor meinem Tode bezahlt er mir aber dieses Capital. Kann er nun nichts destoweniger dieses Vermächtniß fordern. Hier unterscheiden die Rechtslehrer: ob der Erblasser die Schuld selbst eingefordert gehabt, oder ob sie der Schuldner unerinnert abge-

u) L. 24. D. de liberat. legata.

abgetragen. In diesem letzten Falle bleibt das Legat bey Kräften, und der Erbe muß die 500 Thlr. wieder herausgeben. Im ersten Falle aber, da der Erblasser diese Schuld aufgekündigt hat, muß wieder ein Unterschied gemacht werden, ob er dieses aus Noth gethan, weil er eben Geld brauchte, oder diese Umstände waren nicht vorhanden. Hat er aus Noth aufgekündigt, so bleibt das Legat ebenfalls gültig; ist es aber ohne Noth geschehen, so wird es als stillschweigend widerrufen angesehen. Was nun das legatum nominis anbetrift, so ist hiervon folgendes zu merken x). Wenn der Erblasser in seinem lezten Willen sagte: dem A. vermache ich die 1000 Thlr. welche ich bey dem B. zu fordern habe, so wird dieses ein legatum nominis genennt. Wenn dieses geschehen, so kann A von dem eingesetzten Erben, nach Verordnung des römischen Rechts y) verlangen, daß er ihm diese Schuld cedire, das heißt, ihm eine Vollmacht zur Einklagung der 1000 Thlr. gebe. Ohne eine solche Vollmacht konnte der Legatarius bey den Römern nicht klagen, weil der Schuldner ja dem Vermächtnißnehmer nichts schuldig war, sondern dem Verstorbenen, und jetzt dem Erben, der seine Person vorstellte. Nach dem neuern römischen Rechte ist aber eine solche Cession nicht mehr nöthig, sondern der Legatarius kann bloß aus seinem Vermächtnisse klagen. Die Kraft dieses Vermächtnisses besteht also darin, daß der Erbe geschehen lassen muß, daß die vermachte Schuld von dem Legatarius eingetrieben wird. Zu weiter ist er aber nichts schuldig. Wäre also die ganze Post bereits bezahlt, so bekommt der Vermächtnißnehmer nicht eher etwas, als

x) Leyser Spec. 393. de legato nominis.
y) L. 75. §. 1. D. de legat. I.

als wenn der vorhin S. 685 angeführte Unterschied zwischen freywilliger Bezahlung, oder ob der Verstorbene die Schuld aus Noth eingetrieben, vorhanden ist. Eben so gilt auch das Vermächtniß nicht, wenn gar keine Schuld existirt, und gleichwohl hat sie der Verstorbene vermacht z). Und so muß auch dieser Fall nicht hieher gerechnet werden. Gesetzt es sagte Jemand in seinem Testament: dem A vermache ich meine Commode, und darin wären viele Obligationen über Summen, die ihm andere Personen schuldig wären. Jetzt darf A nicht auch die Obligation fordern, denn diese bekommt er nicht, sondern bloß die Commode. Bey letzten Willensverordnungen muß alles deutlich bestimmt seyn, oder es wird bloß nach den Worten gesprochen. Will der Erblasser Jemanden auch die Sachen vermachen die in der Commode sind, so muß er sagen: ich vermache die Commode, mit allem was darinne seyn wird. Jetzt bekommt der Legatarius auch die Obligationen a) mit, welche in der Commode liegen. Ein Erblasser hatte seiner Gemahlin seine Chatulle vermacht, und dabey befohlen, es sollte sich Niemand unterstehen in die Chatulle zu sehen. Gleichwohl waren Obligationen über 12000 Thlr. am Werth darinne. Diese wollte man nun der Gemahlin nicht lassen. Sie wurden ihr aber von der berühmten Göttingischen Facultät zugesprochen, weil der Erblasser seinen Willen deutlich

2) MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 254. §. 21. Inst. de legat. L. 44. §. 6. L. 75. §. 2. L. 105. D. de legat. I.

a) L. 86. D. de legat. III. Si ita legatum est: domum quaeque mea ibi erunt, cum moriar: nummos ad diem exactos a debitoribus, vt aliis nominibus collocarentur, non puto legatos esse. L. 86. pr. de legat. II. L. 18. §. 12. de instruct. l. inst. leg.

lich zu erkennen gegeben, daß seine Gemahlin alles bekommen solle, was in der Chatoulle war. So viel von Vermächtnissen, deren Gegenstand eine Schuldforderung ist. Ein anderes sehr merkwürdiges Vermächtniß bey den Römern war das sogenannte legatum poenae [b]). Die Rechtslehrer sind darüber, was die Römer unter einem solchen Vermächtnisse verstanden, nicht einerley Meynung. Die mehresten behaupten, es sey ein solches Vermächtniß gewesen, welches in der Absicht den Erben zu zwingen hinterlassen worden. Z. B. der Erblasser legt dem Erben auf etwas zu thun, wovon er weiß, daß er es nicht gerne thun wird, und im Unterlassungsfalle verordnet er, daß so und so viel als ein Vermächtniß von ihm bezahlt werden soll; oder er will den Erben bewegen, etwas nicht zu thun, was der Erbe aller Wahrscheinlichkeit nach thun wird, und deswegen setzt er auf den Fall, daß er dieses thun sollte, ein Vermächtniß aus, so nennen die Rechtslehrer in beyden Fällen das Vermächtniß ein Strafvermächtniß. Ein Beyspiel eines solchen Vermächtnisses kommt S. 200 vor. Nach dem alten römischen Rechte [c]) galten dergleichen Vermächtnisse nicht, wenn entweder dem Erben, oder jener andern Person,

b) Byncker shoeck D. de legat. poenae nomine relictis. Ayrer D. de emend. def. leg. leg. p. p. ad §. 36. Inst. de leg. Beckmann D. de leg. poen. nom. rel. Sammet D. de legat. poen. nom. rel. Lipſ. 1748.

c) §. vlt. Inst. de legat. L. 1. D. de leg. poen. nom. rel. Vlpian fr. XXIV. 16. — Poenae causa legari non potest. Poenae autem causa legatur, quod coercendi heredis causa relinquitur, vt faciat quid aut non faciat, non vt legatum pertineat, vt puta hoc modo: si filiam tuam in matrimonio Titio collocaueris, decem millia Seio dato.

son, die sonst nur mittelbar aus dem Testament einen Nutzen zu gewarten hatte, etwas zur Strafe, das heißt, sie dadurch zu nöthigen, etwas zu thun, oder nicht zu thun, auferlegt wurde. Selbst die mit dieser Strafe vermachte Freyheit, und die von Soldaten auf die Art verordneten Strafvermächtnisse galten nicht einmal. Was die Ursache dieses Verbots gewesen, darüber sind eben die Rechtslehrer am meisten uneinig. Einige behaupten, es sey deswegen nicht erlaubt gewesen, weil es unedel geschienen, durch ein Vermächtniß, welches nicht anders als aus Liebe und Hochachtung gegen den Vermächtnißnehmer hinterlassen werden soll, zugleich den Erben zu strafen. Andere [d]) verwerfen diese Ursachen, und sagen: wenn man dergleichen Legate gebilligt hätte, so wäre ein Widerspruch mit der Rechtsregel entstanden, daß Vermächtnisse schlechterdings nicht auf den Willen des Erben oder dessen, der sie leisten soll, ankommen dürfen (S. 579). Der Kayser Justinian schafte das alte Recht ab, und erlaubte den Erben zu Leistung oder Unterlassung desjenigen, so der Testator vorgeschrieben, durch Auflegung oder Entziehung eines Vermächtnisses auf den Fall der Entgegenhandlung anzuhalten, so wie auch die ganze Erbschaft dadurch sollte entzogen werden können [e]). Alsdenn erklärte aber selbst Justinian dergleichen Vermächtnisse für ungültig, 1) wenn das Vermächtniß etwas unmögliches oder strafbares als eine Strafe festgesetzt; 2) wenn das schon erfüllt worden, was vorgeschrieben ist; 3) wenn der Pflichttheil da-

d) THEOPHILVS et VINNIVS ad §. 36. Inst. de legat. L. 43. §. fin. D. de legat. I.

e) L. f. Cod. de his quae poen. nom. §. vlt. Inst. de legat.

dadurch auf eine unerlaubte Art beschwert werden soll. Der berühmte **Bynkershoek** behauptet, Justinian habe den Sinn der Alten, von Strafvermächtnissen gar nicht verstanden; wie er die Sache verstehe, wäre das Vermächtniß weiter nichts als ein bedingtes gewesen, und gleichwohl hätten die Strafvermächtnisse der Alten zur Absicht gehabt, den Vermächtnißnehmer oder Erben zur Begehung einer schimpflichen Handlung zu bewegen; daher man sie eben für ungültig erklärt. **Bynkershoek** hat aber den Unterschied übersehen, daß man bey diesen Vermächtnissen den Erblasser, und denjenigen, welchem ein Strafvermächtniß aufgelegt worden, genau unterscheiden muß. In Rücksicht auf diesen ist es allemal eine Strafe, aber bey dem Erblasser ist es eine Bedingung. Bey den Römern kamen auch bisweilen captatorische Vermächtnisse vor; das heißt solche, wodurch der Erblasser Jemanden bewegen wollte, daß er ihm ebenfalls etwas vermachte. Diese Arten der Legate galten aber eben so wenig, als die captatorischen Erbeseinsetzungen (S. 453). Ob das römische Recht auch in diesem Stück in Teutschland gelte, darüber streiten die Rechtslehrer. Der Freyherr von Cramer behauptet es, andere leugnen es hingegen f). Wenn man diese Verordnungen nur nicht mit unsern wechselseitigen Testamenten verwechselt; so wird man gegen den Gebrauch des römischen Rechts nicht streiten. Ein sehr merkwürdiges Vermächtniß ist auch das Vermächtniß einer fremden Sache g).

Die

f) Freyherr von Cramer in den Wetzlar. Nebenst. 12 Th. S. 60. LEYSER Spec. 376. med. 10. REINHARDT ad CHRIST. Vol. IV. Obs. 22. THOMASIVS D. de capt. institut. §. 41. in Diss. Tom II. n. 32.

g) LEYSER Spec. 387. COCCEII D. de legato rei propriae et alienae. SCHLOSSER D. Positiones quaedam de rei alienae legat. Argent. 1753.

Die Römer verstatteten es einem Erblasser, daß er unter gewissen Einschränkungen berechtigt seyn sollte, auch fremde Sachen zu vermachen. Sie setzten nämlich voraus, 1) daß der Erbe die vermachte Sache dem Legatarius zu verschaffen, im Stande sey, wenn es auch unter schweren Bedingungen geschehen sollte [h]; 2) daß der Erblasser gewußt habe, er vermache Jemanden eine fremde Sache. Ist dieser Umstand zweifelhaft, so muß ihn der Legatarius beweisen. Gesetzt, ich besitze eine Sache, wovon ich glaube, sie sey die meinige, und deswegen vermache ich sie dem A. Nach meinem Tode zeigt sichs, daß die vermachte Sache dem B. gehört habe. Jetzt gilt das Vermächtniß nicht. Denn es ist höchst wahrscheinlich, daß ich diese Sache nicht vermacht haben würde, wenn ich es gewußt, daß sie nicht die meinige sey. Wenn über den Umstand, ob ich es gewußt habe, oder nicht, Zweifel entsteht, so muß eben der Vermächtnißnehmer beweisen, daß ichs gewußt habe, die Sache sey nicht die meinige, und doch habe ich sie vermacht. Eine Ausnahme ließ das römische Recht auch hier gelten: nämlich alsdenn galt das Vermächtniß, wenn der Erblasser etwas für das Seinige gehalten, was doch würklich nicht sein war, und vermachte diese fremde Sache seiner Frau, oder andern geliebten Anverwandten. Man nahm an, der Erblasser würde diese fremde Sache diesen geliebten Personen dennoch vermacht haben, wenn er es auch gewußt, daß er eine fremde Sache vermache [i]. Also die Regel ist diese: wenn der Erblasser

h) L. 39. §. 7. de legat I. §. 4. Inst. de leg.

i) L. 10. C. de legat. — Quod si suum esse putauit, non aliter valet relictum, nisi proximae personae, vel vxori vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset, etsi sciisset rem alienam esse.

eine fremde Sache vermacht, von welcher er glaubt, sie sey die seinige, so gilt dieses Vermächtniß der Regel nach nicht, außer in den angeführten Fällen, und nun muß der Erbe die fremde vermachte Sache kaufen, oder dem Legatarius das Geld dafür geben, wenn sie der Eigenthümer entweder gar nicht, oder zu theuer verkaufen wollte. Andere Grundsätze treten aber ein, wenn jemand weiß, er vermache eine fremde Sache. Jetzt gilt das Vermächtniß, und der Erbe muß die Sache kaufen, oder bezahlen, wenn die vorhin angeführten Umstände eintreten. Will der Erbe zu wenig für die Sache geben, oder verlangt der Legatar zu viel dafür, so bestimmt der Richter den billigen Preiß. Selbst alsdenn muß die vermachte fremde Sache gekauft oder bezahlt werden, wenn der Vermächtnißnehmer gar nicht fähig ist, die Sache zu besitzen; denn man sieht hier bloß auf den Willen des Erblassers k). Alsdenn gilt aber das Vermächtniß einer fremden Sache gar nicht, 1) wenn die Sache zu Grunde gegangen, denn jetzt wird das Vermächtniß ungültig, wie wir im folgenden Paragraphen sehen werden; 2) wenn das Vermögen des Landesregenten, die Güther der Kirchen, Städte, kurz solche Sachen, von denen Jedermann wissen kann, daß sie nicht dem Handel und Wandel unterworfen sind, vermacht worden l). Hatte Jemand eine fremde Sache, die ihm selbst vermacht worden, welches er aber nicht wußte, in dieser Unwissenheit vermacht, und nun bekam er diese Sache ausgeliefert, so galt sein vorher gemachtes Ver-

k) L. 92. §. 1. de legat. I. L. 40. L. 71. § 3. eod.

l) L. 92. §. 1. de legat. I. L. 39. §. 8. 9. 10. eod. §. 4. Inst. de legat.

Vermächtniß, weil man annahm, er sey schon damals Eigenthümer der fremden Sache gewesen, als er sie vermachte m). Bey der Ablieferung des Vermächtniß einer fremden Sache muß vor allen Dingen darauf Rücksicht genommen werden, ob der Erblasser nicht etwa selbst ein Recht an dieser Sache gehabt, z. B. ein Pfandrecht, oder ob er eine bloße persönliche Anforderung deswegen gehabt habe. Findet sich dieses, so bekommt auch der Vermächtnißnehmer nur dieses Recht, und kann nicht die ganze Sache, oder den Werth fordern n). Im canonischen Rechte o) hat man die wahre Beschaffenheit des Vermächtnisses einer fremden Sache nicht verstanden, sondern erklärt es für ungültig, weil es Sünde sey, den Eigenthümer wider seinen Willen zu zwingen, die Sache abzutreten. Davon sagt aber das römische Recht kein Wort, sondern setzt fest, der Erbe soll es dem Eigenthümer antragen, ob er die vermachte Sache gegen die gehörige Bezahlung verkaufen wolle. Sey er dieses nicht zufrieden, oder er verlange zu viel für seine Sache, so solle der Erbe dem Legatar so viel an Gelde geben, als die Sache nach dem wahren Werthe betrage. Wenn der Erblasser Jemanden seine Sache vermacht hat, welche bey einem andern verpfändet steht, so muß der Erbe die Sache einlösen, und sie dem Legatar frey abliefern. Doch muß hier wieder ein Unterschied gemacht werden, ob es der Erblasser gewußt hat, daß die vermachte Sache verpfändet

m) L. 44. §. 1. D. de legat. I.

n) L. 71. §. fin. de legat. I. — Sed et si non municipibus sed aliis fundum vectigalem legauerit, non videri proprietatem rei legatam, sed id ius *quod* in vectigalibus fundis habemus. L. 5. eod.

o) C. 5. X. de testam. III. 26. S. 500. Edit. BOEHMER.

det ist. In diesem Falle muß sie der Erbe schlechterdings einlösen p). Aber auch alsdenn muß die versetzte Sache vom Erben eingelößt werden, ob es gleich der Erblasser nicht gewußt hat, daß die Sache verpfändet sey, wenn eben so viel auf die Sache geborgt worden, als sie werth ist. Denn wollte der Erbe die Schuld nicht bezahlen, sondern der Legatar sollte sie für sein Geld einlösen; so würde er ja in der That nichts vermacht bekommen haben. Ist eine streitige Sache vermacht worden, so kommt es auf den Ausgang des Processes an, ob der Legatarius was bekommt oder nicht. Wird der Preceß gewonnen, so bekommt er die Sache, geht er verlohren, so bekommt er nichts. Die Proceßkosten muß aber der Erbe auf jeden Fall tragen q). Es geschahe bey den Römern nicht selten, daß der Erblasser Jemanden seine eigne Sache vermachte. Hiervon ist folgendes zu merken. Vermächtnisse werden aus Freygebigkeit hinterlassen, damit der Vermächtnißnehmer eine Sache, die er noch nicht hatte, eigenthümlich bekommen soll. Diesen Grundsätzen gemäß glaubte man, das Vermächtniß einer solchen Sache, die zur Zeit des gemachten Testaments bereits dem Vermächtnißnehmer eigenthümlich zugehört habe, sey ein unnützes Vermächtniß, und es bekomme auch alsdenn keine Kraft, wenn gleich der Vermächtnißnehmer die Sache nicht mehr hatte, als der Erblasser starb; denn es

p) L. 57. D. de legat. I. — Si res obligata per fideicommissum fuerit relicta, si quidem *scit*, eam testator obligatam, ab herede *luenda* est, nisi si animo alio fuerit: si nesciat, a fideicommissario, nisi si vel hanc vel aliam rem relicturus fuisset, si sciisset obligatam, vel potest aliquid esse superfluum ex soluto aere alieno.

q) Nov. 112. c. 1. Madihn Princ. Iur. Rom. Part. IV. S. 269.

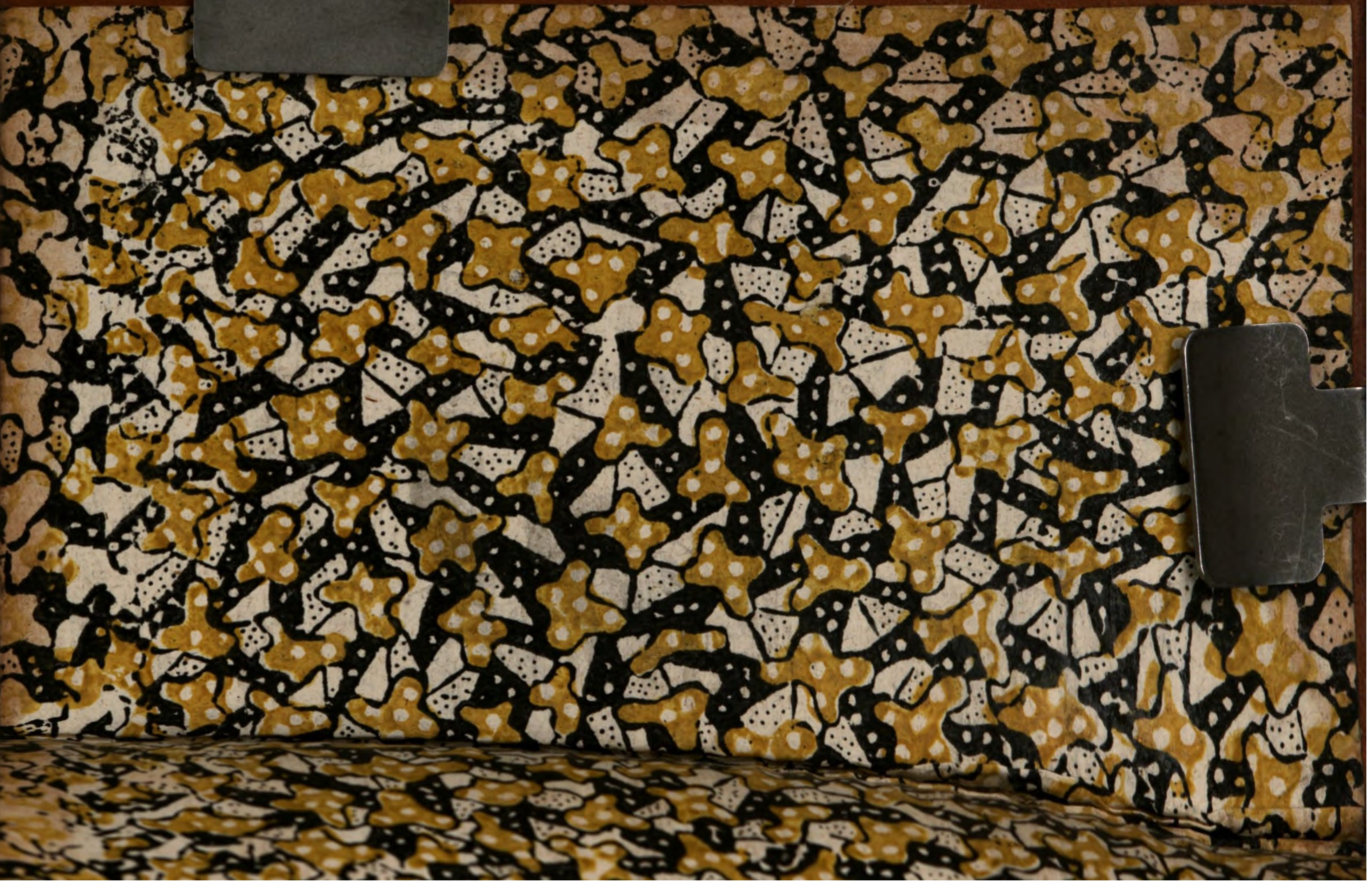
es konnte vermöge der Catonianischen Rechtsregel (S. 287.) nicht gelten. Vermachte aber der Erblasser Jemanden etwas, was er zur Zeit des errichteten Testaments nicht als sein Eigenthum besaß; er brachte aber die Sache in der Folge noch an sich, eher als der Erblasser starb, so unterschied man zwey Fälle. Entweder hatte der Legatarius die Sache bereits umsonst bekommen, oder nicht, sondern sie kostete ihm etwas. Im ersten Falle bekam er wieder nichts, denn er hatte die Sache schon einmal umsonst; und folglich auf die Art bekommen, wie sie ihm der Erblasser verschaffen wollen. Man machte auch dabey keinen Unterschied, ob die unentgeltliche Erwerbung der Sache aus einem letzten Willen, oder durch Handlungen unter Lebendigen geschehen sey. Die Ursache dieser Verordnung wird in dem römischen Rechte in folgendem Satze angeführt: duae lucrativae causae in eundem hominem et eandem rem concurrere non possunt r). Hat aber der Vermächtnißnehmer die ihm vermachte eigene Sache nicht unentgeltlich an sich gebracht, so muß er von dem Erben anstatt des Vermächtnisses so viel erhalten, als er für die Sache gegeben hat; denn er besitzt die Sache noch nicht vermöge desjenigen Rechtstitels, wie sie ihm der Erblasser zuwenden wollen. Die Gesetze nehmen nämlich an: der Erblasser habe gewollt, der Vermächtnißnehmer solle die Sache als sein Eigenthum besitzen, und zwar ohne daß sie ihm etwas kostet. In Rücksicht auf das Eigenthum sey nun zwar die Absicht des Erblassers erfüllt; aber nicht

auch

r) §. 10. Inst. de legat. HOHEISEL. D. de concursu duar. causar. lucrat. in eamd. rem et pers. MAIANSIVS D. de concursu prohito lucrativarum causarum, in Diss. Tom. I. S. 118.

auch der andere Umstand, daß der Vermächtnißnehmer die Sache umsonst besitzen sollte. Hat der Vermächtnißnehmer die Sache nur zum Theil bezahlt, so kann er auch nur so viel fordern, als ihm die Sache kostet. Man nehme aber den Fall an; es ist Jemanden die vermachte eigne Sache von zwey verschiedenen Erblassern vermacht worden, und der einen von diesen letzten Willensverordnungen gemäß, hat er zwar den Werth der Sache bekommen, aber nicht die Sache selbst erhalten. Unter diesen Umständen bestimmt das römische Recht, daß der Vermächtnißnehmer die Sache selbst immer noch annehmen könne, weil vielleicht dem Erblasser daran gelegen gewesen sey, daß der Vermächtnißnehmer die Sache selbst besitze; aber auch diesesmal das Geld dafür zu nehmen, verstattete man dem Vermächtnißnehmer nicht, weil ihm das Geld für die Sache schon einmal zu Theil worden, und dieses, vermöge der oben (S. 695.) angeführten Rechtsregel, nicht mehr als einmal geschehen soll. Diese etwas dunkeln Rechtswahrheiten, werden einem alsdenn erst recht deutlich, wenn man die Rechte und Verbindlichkeiten, die mit einem Vermächtniß verbunden sind, genau inne hat. Bey der Erläuterung dieser Materie werde ich hierher verweisen.

Ende des fünften Theiles.



BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Liekefett, Samuel Gottfried

Handbuch des Bürgerlichen Rechts in Teutschland zum Gebrauch für Studierende, Advokaten, Beysitzer in niedern Gerichten, Geistliche, Aerzte, Schullehrer, Kaufleute, Kunstler und Wirtschaftsverständige
Bd.: 5

Leipzig 1790

J.germ. 78-5
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10623120-8
VD18 80365477-001